

Provokativ etterforskning

- **metode for bekjempelse av alvorlig kriminalitet**



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 566

Leveringsfrist: 25. april 2010

Til sammen 17858 ord

25.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Nærmere om metoden provokativ etterforskning	3
1.2.1	Ulike former for provokasjon, avgrensning av oppgavens tema	3
1.2.2	Politiets metoder	4
1.2.3	Provokativ etterforskning	5
1.2.4	Bakgrunn for metoden	5
1.3	Tilstøtende metoder	6
1.3.1	Infiltrasjon og under cover	7
1.3.2	Kontrollerte leveranser	7
1.3.3	Lokkedue-virksomhet	8
1.4	Bakgrunn for valg av emne og behovet for metoden	8
1.5	Terminologi	9
1.5.1	Ulike begreper	10
1.5.2	Definisjon av provokativ etterforskning	12
1.6	Videre fremstilling	13
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET, AKTUELLE HENSYN OG RETTSLIG GRUNNLAG FOR BRUK AV METODEN</u>	<u>15</u>
2.1	Rettskildebildet	15
2.1.1	Rettspraksis	15
2.1.2	Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol	15
2.1.3	Rundskriv	16
2.1.4	Forarbeider	16
2.1.5	Juridisk litteratur	17

2.2	Hensyn for og i mot bruk av provokativ etterforskning	18
2.2.1	Behovet for effektive etterforskningsmetoder	18
2.2.2	Bevisets styrke	19
2.2.3	Kriminaliseringsfare	20
2.2.4	Misbruksfare	21
2.2.5	Straffverdighet	21
2.3	Rettslig grunnlag for bruk av metoden	23
2.3.1	Krav om lovhjemmel?	23
2.3.2	Lovkrav etter EMK art. 8?	24
2.3.3	Andre kompetansegrunnlag	25
2.3.4	Grunnlag for provokatørens medvirkning	26
2.3.5	Riksadvokatens retningslinjer og rettspraksis	27
3	<u>VILKÅRENE FOR PROVOKATIV ETTERFORSKNING</u>	28
3.1	Innledning	28
3.2	Materielle vilkår	28
3.2.1	Grunnvilkåret	28
3.2.1.1	Nærmere om årsakskriteriet	30
3.2.1.2	Hva politiet kan forårsake	33
3.2.1.3	Betydningen av hvem som har tatt initiativet	35
3.2.1.4	Betydningen av markedsriteriet	36
3.2.2	Grunnvilkåret og bevisprovokasjon	37
3.2.3	Forholdsmessighetsvilkåret	38
3.2.4	Mistankekravet	38
3.2.5	Kriminalitetskravet	40
3.3	Prosessuelle vilkår	43
3.3.1	Annen etterforskning må ikke være anvendelig	43
3.3.2	Krav til kompetent beslutningsnivå	43
3.3.3	Krav om kontroll og forsvarlighet	44
3.3.4	Anvisning på en helhetsvurdering av provokasjonen	46
3.3.5	Metoden må ikke være uforenelig med prosessuelle grunnprinsipper	47

<u>4</u>	<u>FORBUDET MOT SELVINKRIMINERING VED PROVOKATIV</u>	
	ETTERFORSKNING	48
4.1	Innledning	48
4.2	Nærmere om rettigheten og terminologi	48
4.3	Regelverk som dekker rettigheten	50
4.4	Hvem beskyttes av rettigheten	51
4.5	I hvilke situasjoner gjør vernet seg gjeldende	51
4.6	Andre situasjoner hvor vernet gjør seg gjeldende	55
4.7	Oppsummering	55
<u>5</u>	<u>RETTSVIRKNINGER VED OVERSKRIDELSE AV REGLENE</u>	57
5.1	Innledning	57
5.2	Ulovlig provokasjon	58
5.3	Ulovlig ervervet bevis	60
5.3.1	Den ulovfestede bevisavskjæringslæren	61
5.3.2	EMDs vurdering av ulovlige bevis	62
5.3.3	Håndtering av bevisforbud i norske domstoler	64
5.3.4	Vurdering av bevisavskjæringsnormen i norsk rett sett i lys av EMDs håndtering av ulovlig ervervede bevis	65
<u>6</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	67

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er provokativ etterforskning. Provokativ etterforskning er en ulovfestet etterforskningsmetode som politiet kan benytte for å bekjempe visse former for kriminalitet. Riksadvokaten¹ definerer metoden slik:

”provokasjon foreligger når politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for å bedre sin kunnskap om eller kontroll med et hendelsesforløp.”

Påvirkningen kan skje på flere måter, og den kan finne sted på ulike tidspunkt i et hendelsesforløp. Når politiet aktivt er til stede ved en straffbar handling kan det effektivt skaffes bevis i saker der tradisjonell etterforskning ikke fører frem. Metoden er særlig aktuell for bekjempelse av kriminalitet som i liten grad er kjent for politiet. Ved for eksempel narkotikalovbrudd finnes intet offer i normal forstand som anmelder forholdet.

En rekke vilkår må være overholdt for at metoden skal være lovlig. En skranke som gjør seg gjeldende er *forbudet mot selvinkriminering*. Forbudet uttrykker siktedes² rett til å forholde seg taus, og til ikke måtte bidra til egen domfellelse. Det søkes særlig å belyse hvilke grenser dette vernet setter for bruk av metoden. Dersom vilkårene for metoden ikke er overholdt vil provokasjonshandlingen kunne bli bedømt som ulovlig. Rettsvirkningene av dette er sentralt. Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol viser en annen

¹ Se Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 s. 3 og tilsvarende NOU 2004:6 side 83.

² Definisjonen av *siktet* i forhold til selvinkrimineringsforbudet vil bli behandlet i kapittel 4.

type vurdering av bevis fremskaffet i strid med selvinkrimineringsvernet enn den som foretas av norske domstoler. Dette vil særlig bli belyst.

Bruk av metoden reiser flere problemstillinger. Hovedproblemstilling i oppgaven vil være:
Hvilke vilkår gjelder for bruk av provokativ etterforskning, herunder hvilke grenser setter forbudet mot selvinkriminering? Og videre, hva er rettsvirkningene av ulovlig provokasjon?

1.2 Nærmere om metoden provokativ etterforskning

1.2.1 Ulike former for provokasjon, avgrensning av oppgavens tema

Innenfor strafferetten og straffeprosessen finnes det flere tilfeller hvor termen provokasjon benyttes. Det er provokasjon som *politimetode* som behandles i oppgaven.

Innenfor provokasjon som politimetode skilles det henholdsvis mellom de tilfeller der politiets inntreden i en straffbar handling har *etterforskningsformål*, og de tilfeller som har til formål å avverge eller gjenopprette en tilstand.³ Det er provokasjon med etterforskningsformål som behandles i oppgaven. Når følgen er at tiltale blir tatt ut er metoden betegnet som *tiltaleprovokasjon* eller *alminnelig provokasjon*. Når formålet er å fremskaffe bevis for en allerede begått straffbar handling er metoden betegnet som *bevisprovokasjon*.⁴

Der formålet med en provokasjon er å avverge, stanse eller forebygge en straffbarhandling, tales det gjerne om *avvergende provokasjon*. Denne formen for provokasjon er typisk brukt i redningsaksjoner av ulik art. Kjentegnet for slik provokasjon er at vilkårene for iverksettelsen og utøvelsen av metoden vil ligge lavere enn når formålet er å straffeforfølge. Hensynet til den provokasjonen retter seg mot vil da være mindre tungtveiende. Til illustrasjon ble politiets fremgangsmåte for å få tilbake Skrikmalenet som var stjålet fra Nasjonalgalleriet som redningsaksjon akseptert, men som etterforskningsmetode ansett for å ha så store mangler at tiltalte måtte frifinnes. Dommen er inntatt i Rt. 1998 side 407 og vil bli behandlet i kapittel 3. Politiets overordnede mål var å få maleriet uskadd tilbake, og Høyesterett fant ingen ulovligheter ved det formål.⁵ Avvergende provokasjon vil ikke bli behandlet i oppgaven.

³ Se Riksadvokatens rundskriv 2000/2 side 3.

⁴ Se Riksadvokatens rundskriv 2000/2 side 4 og pkt. 1.5.

⁵ Rt.1999 side 407 på side 409.

1.2.2 Politiets metoder

Provokativ etterforskning er en ulovfestet metode politiet har til rådighet for å bekjempe visse former for alvorlig kriminalitet. I det følgende vil det kort redegjøres for metodens plassering i etterforskningsdelen av politiets virksomhet.

Politiet skal blant annet avdekke og stanse kriminell virksomhet, forfølge straffbare forhold og forebygge kriminalitet.⁶ Dette gir anvisning på en todeling av kriminalitetsbekjempelsen. Politiet skal *forebygge* at straffbare handlinger blir begått, og *etterforske* straffbare handlinger som er begått.

Ved forebyggende virksomhet søker politiet å forhindre at straffbare handlinger begås. Grensen mellom etterforskning og forebyggende virksomhet kan i noen tilfeller være uklar. Ved provokativ etterforskning kan politiets opptreden komme før, eller *imens* den straffbare handling blir begått, men metoden kan neppe karakteriseres som en ren forebyggende metode av den grunn. Selv om *virkningene* av den straffbare handling normalt forebygges ved at politiet har kontroll med hendelsesforløpet, blir det like fullt *begått* en straffbar handling av den person som blir utsatt for provokasjonen. Formålet med provokasjon i etterforskningsøyemed vil normalt være å skaffe grunnlag for straffeforfølgning. Der straffeforfølgning kan bli resultatet av politiets virksomhet er man innenfor *etterforskningsdelen*⁷ av politiets oppgaver, og påtalemyndigheten⁸ har således det overordnede ansvaret.

⁶ Politiloven § 2.

⁷ Riksadvokatens definisjon i rundskriv 3/1999. Dette er en vid definisjon av etterforskningsbegrepet, enhver form for informasjonsinnhenting kunne således anses som etterforskning dersom straffeforfølgning kunne bli resultatet. Forholdet mellom forebyggende metoder og etterforskning vil ikke bli behandlet nærmere.

⁸ Det tosporede system tilsier i hovedtrekk at påtalemyndigheten har ansvaret for etterforskningsdelen av politiets virksomhet, mens Justisdepartementet har ansvaret for kriminalitetsbekjempelse i form av forebyggende arbeid.

1.2.3 Provokativ etterforskning

Provokativ etterforskning kjennetegnes ved at provokatøren, det være seg politiet eller en medhjelper, opptrer fordekt. Gjerningsmannen, objektet for provokasjonen, er dermed i villfarelse om politiets påvirkning.

Det som skiller provokasjon fra andre metoder hvor politiet opptrer fordekt er den *påvirkningen* provokatøren foretar. Påvirkningen kan bestå i forskjellige handlinger og skje på forskjellige tidspunkt av et hendelsesforløp. Påvirkningen kan komme før handlingen er påtenkt, på forberedelsesstadiet, forsøksstadiet, og videre kan en benytte seg av provokasjon for å innhente bevis der en straffbarhandling allerede er begått. Provokatøren kan delta fysisk eller psykisk under utførelsen av handlingen, bidra med opplysninger, utstyr eller påvirke gjerningsmannen på annen måte.

Provokatøren kan gjennom påvirkningen komme til å medvirke til gjerningsmannens straffbare handling. Medvirkningen er ansett som straffri da den blir utført av politiet eller en medhjelper politiet blir identifisert med. Dette vil bli omtalt nærmere i kapittel 2.

1.2.4 Bakgrunn for metoden

Provokativ etterforskning ble et tema i norsk rett i andre halvdel av 1970 tallet. På bakgrunn av to narkotikasaker hvor politiet hadde benyttet provokative metoder ble temaet tatt opp av daværende riksadvokat Dorenfeldt gjennom et foredrag holdt på politisjefmøtet 26. april 1978. Foredraget ble trykket i Lov og Rett 1978. Det var særlig den ene saken som var gjenstand for kritikk på flere områder; En fange som sonet i Moss fengsel kjente til at en profesjonell narkotikaforbryter, som allerede var under sterk mistanke hos politiet, skulle reise til Nederland for å hjembringe et større parti amfetamin. Fangen kom med disse opplysningene på bakgrunn av at han var fanatisk motstander av narkotika. Soningsfangen ble utlånt fra fengselet i flere perioder for å bistå gjerningsmannen med innførselen. Narkotika avsnittet ved Oslo politikammer fikk bistand fra to svenske politibetjenter som

opptrådte som interesserte kjøpere. De foreviste mistenkte 425 000 kroner i kontanter, utlånt av en forretningsbank i Oslo. Soningsfangen reiste deretter til Amsterdam med den mistenkte og kjøpte narkotikapartiet. Tre spanere fra narkotikaavsnittet fulgte reisen. Nederlandsk politi var ikke varslet. Etter ankomsten ble den mistenkte pågrepet og narkotikapartiet beslaglagt.

Dorenfeldts oppfatning var at politiet gikk så langt at det vil være utilbørlig av påtalemyndigheten å fremme saken for domstolene.⁹

Etter dette utarbeidet Riksadvokaten retningslinjer for bruk av metoden ved narkotikavirksomhet. Metoden er ikke lenger forbeholdt narkotikakriminalitet, men forøvrig er hovedtrekkene videreført i det någjeldende rundskriv, og i den rettspraksis som har utviklet seg på området.

1.3 Tilstøtende metoder

Tilstøtende metoder som kan minne om provokasjon er infiltrasjon, lokkeduetilfeller og kontrollerte leveranser. Det vil kort bli redegjort for disse. Hensikten er å avgrense provokasjon mot liknende metoder.

Felles for de tilstøtende metodene er at de på samme måte som provokasjon har elementet med villfarelse hos objektet for metoden, men i forhold til provokasjon er dette metoder som ikke påvirker et hendelsesforløp. Metodene er ikke lovregulert, men det er gitt ulike instruksjoner fra Riksadvokaten, og metodene er akseptert i rettspraksis.

⁹ Dorenfeldt LoR 1978 på side 292.

1.3.1 Infiltrasjon og under cover

Infiltrasjon foreligger der politiet ved egne tjenestemenn eller medhjelpere er tilstede uten å gi seg til kjenne med det formål å samle informasjon.¹⁰ Slik informasjon kan være vanskelig eller umulig å få tak i ved tradisjonell etterforskning. Der infiltrasjon blir av omfattende og av langvarig karakter er det å regne som under cover, også betegnet som UC¹¹. Ved slik virksomhet kan det være nødvendig å gjøre ellers straffbare handlinger for å ikke vekke oppmerksomhet i miljøet en infiltrerer, for eksempel å kjøpe narkotika eller være med på annen kriminalitet. I NOU: 1997:15 er det på side 83 omtalt en fortrolig instruks fra Riksadvokaten som regulerer adgangen for en polititjenestemann til å utføre ellers ulovlige handlinger.

Nedad grenser infiltrasjon mot spaning. Spaning medfører i motsetning til infiltrasjon intet element av villfarelse da de som blir utsatt for spaningen ikke vet om dette. Spaning er i forhold til infiltrasjon en passiv metode.

Videre avgrenses infiltrasjon mot kildekontakt. Kildekontakt foreligger der en privatperson oppholder seg i et miljø for å skaffe politiet informasjon, og i ettertid gi informasjonen til politiet.¹²

1.3.2 Kontrollerte leveranser

Med kontrollerte leveranser forstås et parti med ulovlige varer som kunne vært beslaglagt, men som tillates transportert til mottaker slik at mottakerleddet og leveringsapparat kan avdekkes. Metoden er tillatt, jf. blant annet i dommen inntatt i Rt.1986 side 779. I denne

¹⁰ Se Riksadvokatens rundskriv 2/2000

¹¹ Andenæs 2009 fotnote 258.

¹² Hopsnes JV 2003 side 9.

saken ble en sjåfør tatt med ca 2 kg rent amfetaminsulfat ved tollkontroll etter ilandstigning på Oslo havn. Han valgte å samarbeide med politiet, og reiste i tråd med sin opprinnelige instruks til Trondheim for å overlevere stoffet. Høyesterett uttalte at dette ikke var å anse som et utradisjonelt etterforskningsskritt. Dersom politiet hadde trådt inn i kurerens sted og selv dratt for å overlevere stoffet ville det kunne vært betraktet som provokasjon.

1.3.3 Lokkedue-virksomhet

Bruk av lokkeduer skjer ved at politiet legger ut agn til fristelse for den kriminelle¹³. Politiet legger til rette for den straffbare handling, men påvirker ikke objektet ytterligere. Således kan man si at uten lokkeduen ville ikke den straffbare handling skjedd. Metoden synes å være akseptert da politiet ikke påvirker den faktiske utførelse av handlingen.

1.4 Bakgrunn for valg av emne og behovet for metoden

Det er ikke klart avgrenset ved hvilken type kriminalitet provokasjon kan benyttes, men det må være alvorlig og samfunnsskadelig kriminalitet.¹⁴

Gjennom internetts fremvekst er det gitt en ny arena for utøvelse av kriminalitet. Straffebud kan bli overtrådt med bakgrunn i informasjon en finner på nettet, og de muligheter for kommunikasjon nettet gir. Internett gir i seg selv grobunn for nye typer kriminalitet. Kort nevnes for eksempel hacking, og ulovlig kopiering og deling av åndsverk.

Ut fra mulighetene til informasjonsutveksling og kontaktetablering har internett blitt en arena der folk møtes, også barn. Dette muliggjør at voksne som har til hensikt å utføre overgrep mot, eller misbruk av barn, kan skape en relasjon til disse gjennom nettet.

¹³ Hopsnes JV 2003 side 11

¹⁴ Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 side 4 og 5, og Rt. 1984 side 1076.

Overgrep kan forekomme *på* nettet, for eksempel i form av seksuelt krenkende eller uanstendig atferd jf. straffeloven¹⁵ § 201 første ledd jf. annet ledd. Videre kan barnet og den voksne møtes i det fysiske samfunn basert på kontakt og avtaler inngått via nettet, og hvor barnet således kan bli gjenstand for overgrep. Internett er også en svært sentral arena for spredning, omsetning og utveksling av barnepornografisk materiale som er straffbart etter strl. § 204 a. Dette tilsier at politiet må være tilstede i den virtuelle nettverden med formål å forebygge, avdekke og etterforske slik kriminalitet. Politiets tilstedeværelse i så henseende reiser en rekke strafferettslige og straffeprosessuelle problemstillinger i forhold til spaning, infiltrasjon, ransaking, beslag, jurisdiksjon, provokasjon og selvinkriminering.

Selvinkrimineringsvernet er særlig aktuelt der politiet søker å etablere kontakt med mistenkte på internett, og gjennom kontakten *fremskaffe bevis* for at en straffbar handling begås, eller har blitt begått. Det er interesse for denne type etterforskning som er bakgrunn for oppgavens tema.

Uavhengig om politiet opptrer på internett, eller i det fysiske samfunn vil selvinkrimineringsforbudet være en aktuell skranke der politiet kommuniserer med en mistenkt som er i villfarelse om politiets tilstedeværelse.

1.5 Terminologi

Politimetoden provokativ etterforskning er i liten grad definert. Det er heller ikke i stor grad drøftet hvilke handlinger som faller inn under begrepet. I det følgende vil det bli redegjort for de ulike begrepene samt noen av de sentrale definisjonene på området.

¹⁵ Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10, heretter forkortet strl.

1.5.1 Ulike begreper

Bruken av ordet *provokasjon* er omdiskutert.¹⁶ Som det er vist til innledningsvis er provokasjon som etterforskningsmetode lovlig på nærmere bestemte vilkår. At *provokasjon* anvendes både om den lovlige og den ulovlige provokasjon kan være uheldig.

Provokasjon slik det er betegnet i straffelovens § 228 tredje ledd, er et moment som kan medføre at en legemsfornærmelse kan lates straffri der handlingen er fremprovosert av en forutgående fornærmelse. Provokasjon, som politimetode, er imidlertid først straffri for den som blir utsatt for provokasjonen dersom vilkårene for metoden ikke er overholdt.

Termen *provokasjon*, i forståelsen *lovlig provokasjon*, synes imidlertid å ha fått feste i både teori og rettspraksis.

Utradisjonell, eller *ekstraordinær etterforskningsmetode*, er også brukt som betegnelse på provokativ etterforskning. Dette begrepet har i enda mindre grad en provokasjon en omforent definisjon.¹⁷

Metoden er *utradisjonell* idet politiet ikke søker å stanse en straffbar handling de har kjennskap om, men påvirke forholdet, enten ved bruk av polititjenestemenn, eller ved hjelp fra utenforstående. Dette i motsetning til alminnelig etterforskning iverksatt i medhold av straffeprosessloven¹⁸ § 224, som hjemler etterforskning av allerede begåtte straffbare handlinger. (Det bemerkes at provokasjon kan være et ledd i en etterforskning i medhold av strprl. § 224 dersom det dreier seg om en fortsatt forbrytelse, eller at personen provokasjonen retter seg mot allerede er under etterforskning på et annet grunnlag). På den

¹⁶ Andorsen, Jussens venner 2000

¹⁷ Andenæs 2009 side 258 fotnote 256.

¹⁸ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25, heretter forkortet strprl.

annen side er metoden de siste tiår¹⁹ blitt anvendt en rekke ganger, og det er en økende rettspraksis på området. Det kan tale for at metoden ikke lenger er utradisjonell.

Ekstraordinær må metoden kunne betegnes, idet den først skal anvendes der alminnelig etterforskning ikke har ført frem eller ikke vil være anvendelig.

Etterforskning med provokasjonstilsnitt er i noen tilfeller brukt for å betegne den lovlige provokasjon.²⁰

I dansk rett, som er langt fremme på området og har lovregulert metoden, er provokasjon betegnet som ”*agent provoceatur*”.²¹ Etter dansk rett er også den ulovlige provokasjon blitt betegnet som *konstitutiv provokasjon*,²² med konstitutiv forstå *stiftende*, og den stiftende provokasjon er som det vil fremgå ikke tillatt. I motsatt henseende forstås *konstaterende* provokasjon som lovlig. *Agent provoceatur* er også brukt av Den europeiske menneskerettsdomstol i flere avgjørelser.²³

I svensk rett blir provokasjon betegnet som ”brottsprovokasjon” eller ”provokasjon”.²⁴ Det ser ikke ut til å være ulik begrepsbruk om brottsprovokasjonen er lovlig eller ikke.

I oppgaven vil hovedsakelig *provokativ etterforskning* bli brukt. Der provokasjonen er ulovlig, vil den bli betegnet som *ulovlig provokasjon*.

¹⁹ Første Høyesterett avgjørelse som omhandler metoden er Rt. 1984 side 1076.

²⁰ Dorenfeldt LoR 1974 side 294 og Metodeutvalgets NOU 1997:15 side 82.

²¹ Gammeltoft-Hansen TfR 1984 side 99-100.

²² Gammeltoft-Hansen TfR 1984 side 99-100.

²³ Blant annet Teixeira de Castro mot Portugal, Application number 25829/94.

²⁴ Asp 2001 side 30 flg.

1.5.2 Definisjon av provokativ etterforskning

Det foreligger ikke en felles omforent definisjon av provokasjon som politimetode. Ulike definisjoner kan være mer eller mindre dekkende.

I Riksadvokatens rundskriv 2000/2 betegnes *provokasjon* å foreligge ”når politiet ved infiltrasjon, eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for å bedre sin kunnskap om, eller kontroll med et hendelsesforløp”. Videre avgrenses infiltrasjon, ”dersom hendelsesforløpet ikke påvirkes, men politiet samler informasjon ved å være til stede uten å gi seg til kjenne, foreligger infiltrasjon”. Således er påvirkningen det springende punkt på grensen mellom infiltrasjon og provokasjon.

Andenæs²⁵ skiller mellom bevissikringsprovokasjon og annen provokasjon. Han kaller tilfellet fra Rt. 1999 side 1269 for ”bevissikringsprovokasjon”, mens han sier at ”det man i første rekke tenker på som provokasjon, består derimot å provosere til en forbrytelse som man samtidig får bevis for.” Dommen inntatt i Rt. 1999 side 1269 vil bli behandlet senere. I korte trekk dreier den seg om å innhente bevis for en straffbarhandling som allerede var begått. Videre definerer Andenæs på side 259 provokasjon som ”når politiet fremkaller (fremprovosere) en straffbar handling for å få bevis mot gjerningsmannen.” Dette kan virke noe uklart. Det følger av grunnvilkåret, som vil bli behandlet senere, at politiet ikke kan fremprovosere en handling som ellers ikke vil bli begått. Det politiet kan gjøre er å påvirke den straffbare handling, men ikke fremprovosere den i sin helhet om den ellers ikke ville ha blitt begått.²⁶ Det kan således virke som det er den ulovlige provokasjon Andenæs definerer. Motsetningsvis er definisjonen upresis.

²⁵ Andenæs 2009 side 253-254 og side 259-260.

²⁶ Dette fremgår av grunnvilkåret som behandles i kapittel 3.

Andorsen skiller mellom bevisprovokasjon, og materielt provokative etterforskningsmetoder.²⁷ Materielt provokative etterforskningsmetoder definerer han som ”at politiet selv enten direkte ved en polititjenestemann eller gjennom en engasjert medhjelper (en såkalt agent), aktivt oppsøker en gjerningsperson eller et kriminelt miljø i den hensikt å avsløre straffbare handlinger som er begått, eller hindre lovbrudd som politiet mistenker skal begås.”²⁸ I forhold til Riksadvokatens definisjon har Andorsen sin definisjon intet påvirkningselement, som det ovenfor fremgikk var det sentrale skillet mellom infiltrasjon og provokasjon. Denne definisjonen av provokasjon kan således synes å være for snever.

1.6 Videre fremstilling

Det finnes en rekke fremstillinger av provokativ etterforskning som har til hensikt å vurdere om metoden som sådan er lovlig. Dette synes å være en utdatert tilnærming til emnet, da metoden siden 1984 har vært akseptert av Høyesterett.²⁹ En rekke senere avgjørelser bekrefter dette. Oppgaven vil ikke vurdere om metoden som sådan er lovlig, men det rettslige grunnlaget for metoden vil redegjøres for i kapittel 2. Der redegjøres det videre for noen sentrale hensyn som gjør seg gjeldende for provokativ etterforskning, og rettskildebildet.

Provokativ etterforskning er en dynamisk metode som er under utvikling gjennom rettspraksis. Reglene rettspraksis har oppstilt vil bli redegjort for i kapittel 3.

Som oppgavens problemstilling forespeiler skal forbudet mot selvinkriminering, som skranke ved provokativ etterforskning, søkes belyst nærmere. Dette blir gjort i kapittel 4. Forbudet mot selvinkriminering er et grunnprinsipp i norsk straffeprosess som må

²⁷ Andorsen JV 2001 pkt. 2.5.

²⁸ Andorsen JV 2001 side 6.

²⁹ Rt. 1984 side 1076.

hensyntas av politi og påtalemyndigheten i flere situasjoner. Det gjør seg blant annet gjeldende der politiet benytter seg av den aktuelle etterforskningsmetode. Rettigheten vil ikke bli behandlet fullstendig i kapittel 4, men den vil bli behandlet slik det aktualiserer seg ved provokativ etterforskning.

Virkningene av ulovlig provokasjon er svært sentralt og blir behandlet i kapittel 5.

Avsluttende bemerkninger med en sammenfatning av rettskildebildet følger i kapittel 6.

2 Rettskildebildet, aktuelle hensyn og rettslig grunnlag for bruk av metoden

2.1 Rettskildebildet

2.1.1 Rettspraksis

Da metoden er ulovfestet, er rettspraksis en svært sentral rettskilde for å fastlegge reglene for provokasjon. Første gang Høyesterett behandlet metoden var i dommen fra Rt. 1984 side 1076. Denne avgjørelsen, og den videre rettspraksis har i hovedsak dannet reglene for provokasjon. Rettspraksis vil være en vesentlig rettskilde når vilkårene for provokativ etterforskning behandles.

Det er foretatt Lovdatasøk i basen for alle Høyesterett- og lagamannsrettsavgjørelser. Søkeordene som har vært brukt har vært *"politiprovokasjon"*, *"etterforskning med provokasjontilsnitt"*, *"ekstraordinære etterforskningsmetoder"*, *"bevisprovokasjon"*, *"utradisjonelle metoder"* og *"provokativ etterforskning"*.

For Høyesterettsdommene er det funnet frem til 13 dommer som realitetsbehandler provokativ etterforskning. Disse følger av Litteraturlisten.

2.1.2 Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, heretter EMK, er gjeldende som norsk lov jf. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai nr. 30 1999, § 2 nr.1.

Konvensjonsbestemmelsene skal anvendes selvstendig av norske rettsanvendere, men det nærmere innhold i bestemmelsene utvikles av Den europeiske menneskerettighetsdomstol, heretter EMD. Praksis fra EMD er således en relevant kilde.

Ved søk i Den europeiske menneskerettighetsdomstols database, Hudoc, er det brukt søkeord ”*agent provocateur*”, ”*under cover*” og ”*entrapment*”. Relevante avgjørelser som brukes i oppgaven fremgår av litteraturlisten.

2.1.3 Rundskriv

Någjeldende rundskriv er gitt av Riksadvokaten i rundskriv nr.2/2000. ”*Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode*”. I dette rundskrivet omtales interne retningslinjer for provokativ etterforskning på internett.³⁰ Da disse retningslinjene ikke er tilgjengelig for offentlig gjengivelse vil de ikke bli brukt som en kilde i oppgaven.

Rundskrivet er gitt av Riksadvokaten som øverste leder av påtalemyndigheten, og gjelder som instruks for politi og påtalemyndighet. Instruksen er ikke bindende for domstolene, og brudd på instruksen vil ikke automatisk medføre at det foreligger en ulovlig provokasjon. Rundskriv 2000/2 bygger i stor grad på Riksadvokatens retningslinjer fra 1980. Disse opprinnelige retningslinjene har hatt stor betydning for rettsutviklingen på området. Høyesterett har i stor utstrekning bygget på disse da vilkårene for bruk av metoden er utviklet. Det någjeldende rundskriv gir dermed anvisning på gjeldende rett, og brudd på instruksen vil på denne måte kunne medføre at provokasjonen blir bedømt som ulovlig.

2.1.4 Forarbeider

Om metoden skal lovreguleres er vurdert av lovgiver i flere omganger.

Metodeutvalget av 1994³¹ foreslo i NOU 1997:15 at provokasjon som metode burde lovreguleres. Dette ble ikke fulgt opp i det videre lovrevisjonsarbeidet.³² Videre ble

³⁰ Se Riksadvokatens rundskriv 2/2000 side 5.

³¹ Metodeutvalget av 1994 ble oppnevnt av Justisdepartementet 2. august 1994. Et av utvalgets mandat var evaluering av diverse etterforskningsmetoder, herunder politiprovokasjoner.

metoden foreslått lovregulert av Politimetodeutvalget av 2001. Dette utvalget hadde som mandat å utrede og fremme forslag til regler om politimetoder i forebyggende øyemed. Resultatet av utredningen, NOU 2004:6 foreslo lovfesting av provokativ etterforskning i dette øyemed.³³ Forslaget ble ikke fulgt opp i det videre lovrevisjonsarbeidet.³⁴ Det siste metodeutvalget, Metodekontrollutvalget av 2008, behandler i NOU 2009:15 lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker. Således faller provokativ etterforskning utenfor dette metodeutvalgets behandling.

Uttalelser i forarbeidene viser at lovgiver anser metoden som lovlig på nærmere vilkår. Det kan stilles spørsmål om dette kan være en form indirekte lovhjemmel. Lovgivers uttalelser i forarbeider kan være et tungtveiende argument, men kan ikke tre i stedet for formelt vedtatt lov. Da metoden er utførlig drøftet i forarbeidene kan uttalelser tjene som argument ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i provokasjonsreglene.

2.1.5 Juridisk litteratur

Provokativ etterforskning er i liten grad behandlet i teorien. Jeg er kjent med tre artikler som behandler emnet selvstendig. Dette er Dorenfeldt i Lov og Rett 1978, Dr. Juris Kjell Andorsen i Jussens Venner 2001, og Universitetslektor Roald Hopsnes i Jussens Venner 2003. Forøvrig vises det til litteraturlisten.

³² Utvalgets forslag om å lovregulere provokativ etterforskning blir ikke fulgt opp i den påfølgende Ot.prp.nr. 65 og Inst.O.nr. 3.

³³ Se NOU 2004:16 side 199

³⁴ Utvalgets forslag om å lovregulere provokativ etterforskning blir ikke fulgt opp i den påfølgende Ot.prp.nr.60 (2004-2005).

2.2 Hensyn for og i mot bruk av provokativ etterforskning

2.2.1 Behovet for effektive etterforskningsmetoder

Kriminalitetsbildet har de siste tiår utviklet seg i form av økende og grovere kriminalitet. Dette utløser behov for effektiv kriminalitetsbekjempelse gjennom effektiv etterforskning. Metoden vokste frem i første rekke på bakgrunn av utviklingen innenfor narkotikakriminaliteten. Tradisjonelt finnes det et offer ved straffbare handlinger som anmelder det straffbare forhold, og som ønsker å hjelpe til med å oppklare saken. I narkotikasaker er dette ikke tilfellet. Offeret er her bruker/kjøper, og denne er sjelden interessert i å medvirke til oppklaring da ens egen rolle også er straffbar. Videre representerer narkotikakriminalitet ofte godt organiserte grupper som det er vanskelig å få informasjon om da trusler mot vitner og involverte er vanlig.³⁵

Kriminaliteten har blitt mer kompleks de siste tiår. Et hovedtrekk er utviklingen av organisert kriminalitet. Organiserte kriminelle grupper kjennetegnes ved at de bedriver en vedvarende kriminell virksomhet som kan omfatte ulike former for lovbrudd. Provokativ etterforskning er en av flere metoder for å avdekke og oppklare organisert kriminalitet. Når politiet aktivt kan gå fordekt inn i slike miljøer vil de kunne få unik kunnskap om den kriminelle virksomheten, og hvem som er involvert i denne. På den måten kan politiet avdekke forbindelseslinjer til bakmenn og andre impliserte, og få oppklart kriminalitet i større grad.

Den samfunnsskadelige virkningen av narkotikakriminalitet er vesentlig. Dominoeffekten³⁶ utgjør store skadevirkninger i samfunnet og er svært kostnadskrevende.

³⁵ Se Ot.prp.nr. 24 (2002-2003) s. 7 flg.

³⁶ Narkotikakriminalitet fører med seg andre typer kriminalitet som vinnings- og voldsforbrytelser, hvitvasking av penger med videre. Dette er former for kriminalitet som skaper utrygghet i samfunnet og rehabilitering og ivaretagelse av narkomane er svært kostnadskrevende.

Videre er overgrep av barn med internett som virkemiddel, en form for kriminalitet som krever nye etterforskningsmetoder. Denne form for kriminalitet er med dagens bruk av internett økende og svært aktuell.³⁷ Ofrene kan få sin livskvalitet redusert, og det er kostbart å ivareta barn som har vært utsatt for overgrep. Effektiv etterforskning er svært avgjørende for at politiet kan bekjempe denne form for kriminalitet som til dels skjer utenfor det fysisk overskuelige samfunn.

I lys av det siste tiårets utvikling er bekjempelse av terrorvirksomhet blitt en aktuell oppgave for politiet. Dette er en form for kriminalitet som er godt skjult, og det er helt avgjørende at politiet for kunnskap om, og får oppklart denne form for kriminalitet. Dersom en terroraksjon tenkes å være nært forestående vil politiets inngripen i større grad kunne karakteriseres av et avvergende eller reddende formål, og ikke i førsterekke etterforskningsformål. Dette kan gi videre rammer for provokasjon.

2.2.2 Bevisets styrke

For å få pådømt en straffbarhandling må påtalemyndigheten bevise³⁸ for retten at tiltalte er skyldig utover enhver rimelig tvil. Bevisene fremkommer normalt gjennom etterforskning av lovbruddet. Ved at politiet er aktør under den straffbare handling, sammenholdt med de reglene som gjelder for notoritet vedrørende provokasjonen, vil påtalemyndigheten kunne presentere et godt bevistilbud for retten. Saken vil bli godt opplyst som følge av metoden. Lovovertrederen vil være tatt på ”fersk gjerning”, noe som representerer et godt bevis³⁹ for straffeskyld.

³⁷ Se Faremo-utvalgets arbeidsrapport *Forebygging av internett relaterte overgrep mot barn* side 2.

³⁸ At bevisbyrden ligger hos påtalemyndigheten er en av flere sider ved uskyldspresumpsjonen.

³⁹ Det bemerkes at rettmessigheten ved selve provokasjonen også må bevisføres av påtalemyndigheten og det er gjerne her bevisvilen står i saker vedrørende provokativ etterforskning.

2.2.3 Kriminaliseringsfare

Ved alminnelig provokasjon er det fare for at politiet kommer i skade for å skape kriminalitet. Det er et vesentlig rettsikkerhetshensyn at lovlydige borgere ikke kriminaliseres. Dorenfeldt⁴⁰ henviser til den danske lektor Van Gagn som var svært negativ til utradisjonelle etterforskningsmetoder, han uttalte at de grunnlovsikrede menneskerettigheter skulle ”*hindre uskyldige og blive suget inn i det straffende system*”. Da provokasjon er en metode som settes inn mot straffbare handlinger som ennå ikke er begått, kan dette tilsi visse betenkeligheter. Det kan tenkes at objektet for provokasjonen, den potensielle lovbrakeren, begår den straffbare handlingen på grunn av politiets påvirkning. Det vil være vesentlig om politiet har grunn til å tro at den straffbare handling vil bli begått uavhengig av deres påvirkning.

Når politiet søker å avdekke en kriminell gruppe eller person som fortløpende begår kriminelle handlinger vil kriminaliseringsfaren antageligvis være mindre.

Dersom politiets påvirkning settes inn ved handlinger som er straffbare allerede på forberedelsesstadiet taler kriminaliseringsfaren at det bør gås varsomt frem. En person som forbereder en straffbar handling kan normalt velge straffritt å kunne trekke seg tilbake, og det skal lite til før en er på forberedelsesstadiet.

Forhold som her nevnt kan tale i mot bruk av provokasjon. Reglene som er oppstilt for å anvende provokasjon bøter i stor grad på kriminaliseringsfaren.

⁴⁰ Dorenfeldt 1978 side 297.

2.2.4 Misbruksfare

Politiet kan ved bruk av provokasjon komme til å kriminalisere utvalgte personer. Hopsnes viser til boken ”*Den gode soldats eventyr*”⁴¹ hvor soldaten Sveik ble lurt av en politiagent til å snakke nedsettende om keiseren og deretter ble dømt for høyforræderi. Da det finnes kontrollordninger, og krav om beslutningskompetanse for å iverksette provokasjon kan neppe en enkelt polititjenestemann få utført en personlig vendetta mot en utvalgt person.

Politiet kan generelt, i en viss utstrekning, velge hvor de setter inn ressurser, og således vil all etterforskning teoretisk sett kunne komme til å kriminalisere bestemte personer. Dette kan tilsi at misbrukshensynet ikke kan være spesielt tungtveiende ved provokasjon. På den annen side er det klart at reglene må ta høyde for at misbruk kan finne sted. Reglene bør således utformes på en betryggende måte.

I forlengelsen av misbrukshensynet kan *tilliten til politiet* spille inn. Politiet er kjent for å avdekke og oppklare straffbare forhold som er begått. En oppfatning av at politiet får uskyldige til å fremstå som kriminelle vil ikke være heldig.

2.2.5 Straffverdighet

Det kan stilles spørsmål om graden av straffverdighet er den samme hos en person som er lurt til å begå en straffbar handling, i motsetning til om ens egen frie vilje medfører at handlingen blir begått. I så fall er det mindre å bebreide objekter som har blitt lokket eller lurt, enn de som på eget initiativ begår straffbare handlinger. Det kunne tilsi at provokasjon burde begrenses av *hensynet til objektet*.⁴²

⁴¹ Skjønnlitterær bok av Jaroslav Hasek 1921.

⁴² Se Hopsnes JV 2003 side 69.

Vesentlig ved provokasjon er at objektet er i uvitenhet om politiets innblanding. Videre er enhver forpliktet til ikke å begå straffbare handlinger. Om en sivil⁴³ person foreslår et opplegg for en straffbar handling og en *frivillig* velger å bli med på dette, er det klart straffverdig. Tilsvarende vil, etter min mening, gjelde selv om det er politiet som legger til rette for den straffbare handling. Det vesentlige for at en provokasjon skal kunne medføre straff, er at handlingen ville blitt begått uavhengig av politiets påvirkning.⁴⁴ Er først dette vilkåret oppfylt vil en normalt ha utvist tilstrekkelig skyld for å kunne straffes.

Imidlertid kan det tenkes å være et poeng ved straffutmålingen hvem som kom på idèen, hvem som var pådriver, og om objektet for provokasjonen har vært utsatt for press. Har politiet hatt en særlig fremtredende rolle, kan det tenkes å ha betydning.

⁴³ Med sivil menes her en medhjelper som kan identifiseres med politiet.

⁴⁴ Se om dette under grunnvilkåret i kapittel 3.

2.3 Rettslig grunnlag for bruk av metoden

Det må foreligge et rettslig grunnlag for politiets myndighetsutøvelse. Rettslig grunnlag kan utledes av lov, forskrift, rettspraksis eller andre rettskilder. *Legalitetsprinsippet*⁴⁵ tilsier at politiets myndighetsutøvelse i visse tilfeller krever hjemmel i lov. Når *lov* kreves, i forhold til andre kompetansegrunnlag, vil bero på en vurdering av inngrepets karakter.

2.3.1 Krav om lovhjemmel?

Riksadvokat Dorenfeldt foreslo at metoden forble ulovregulert da han trakk opp retningslinjer⁴⁶ for provokativ etterforskning. Ved arbeidet⁴⁷ med ny straffeprosesslov av 1981 ble spørsmålet om lovregulering drøftet. Justisdepartementet uttalte *”at det neppe på nåværende tidspunkt er grunn til å lovregulere de etterforskningsmetoder⁴⁸ det her er tale om.”*⁴⁹

Da den nye straffeprosesslov enda ikke var trådt i kraft, kom lovspørsmålet opp i Høyesteretts første behandlingen av sak vedrørende provokativ etterforskning. Dommen er inntatt i Rt. 1984 side 1076. Det ble lagt til grunn at lovgivers valg om avstå fra å lovregulere metoden ikke var begrunnet i at sådan metode var helt forbudt.⁵⁰ Høyesterett uttalte:

⁴⁵ Prinsippet er ulovfestet men kommer til uttrykk gjennom flere bestemmelser som verner vesentlige interesser. Grunnloven § 99 første ledd verner mot vilkårlig fengsling og Grunnloven § 102 verner borgerne mot vilkårlige husundersøkelser. Legalitetsprinsippet er en vesentlig del av rettstaten og det er regnet for å ha grunnlovs rang.

⁴⁶ I 1980 ble det gitt muntlig instruks om bruk av metoden og fra 1982 fantes retningslinjer i skriftlig form.

⁴⁷ Ot. prp. nr. 35 (1978-79).

⁴⁸ Etterforskningsmetodene som ble drøftet ble betegnet som *ekstraordinære etterforskningsmetoder i alvorlige saker*, som eksempel ble det vist til infiltrasjon og etterforskning med provokasjonstilsnitt, se Ot. prp. nr. 35 (1978-79) side 179.

⁴⁹ Ot. prp. nr. 35 (1978-79) side 179.

⁵⁰ Se Rt. 1984 side 1076 på side 1079.

”I og for seg er det klart at enkelte etterforskningsskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel. Men jeg kan ikke se at bruk av slike ekstraordinære etterforskningsmetoder som det er tale om i vår sak, er av en slik art”. Videre ble det uttalt ”I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie”.

Høyesterett har med dette, og ved flere senere avgjørelser akseptert at metoden er ulovfestet.

2.3.2 Lovkrav etter EMK art. 8?

Uavhengig av lovgiver og Høyesteretts vurdering kan EMK artikkel 8 tenkes å oppstille et lovkrav.⁵¹

Artikkel 8 (1) gir den enkelte krav på respekt av privatlivet, hjem og korrespondanse. De fleste politimetoder kan tenkes å berøre disse frihetene.⁵² Skal det offentlige gripe inn på disse områdene, oppstiller artikkel 8 (2) tre vilkår. Inngrepet må ha hjemmel i lov, være begrunnet i et relevant formål og videre må det være nødvendig i et demokratisk samfunn. Det avgjørende vil være om provokativ etterforskning griper inn i rettighetene etter første ledd. Praksis fra EMD viser at ikke enhver påvirkning av disse rettighetene vil være relevant. I saken Lüdi mot Sveits⁵³ ble infiltrasjon, slik det var utført i det aktuelle tilfellet, ikke ansett å falle inn under artikkel 8 (1).⁵⁴ Provokasjon som metode kom opp i saken

⁵¹ Lovkravet etter EMK artikkel 8 tilsier ikke formelt vedtatt lov etter norsk rett, ulovfestede rettsregler og instruksjer kan oppfylle lovkravet jf. Sunday Times vs. Storbritannia, application number 6538/7. Dette vil ikke bli behandlet nærmere.

⁵² NOU 2004:6

⁵³ Application number 12433/86.

⁵⁴ Se Hopsnes JV 2003 side 75-76.

Teixeira de Castro⁵⁵ mot Portugal. Her ble ikke metoden vurdert i forhold til artikkel 8 da provokasjonen, som sådan i det konkrete tilfellet, ble ansett som ulovlig i forhold til artikkel 6.

2.3.3 Andre kompetansegrunnlag

I forbindelse med vurdering⁵⁶ av rettsgrunnlag for politiets ulovfestede metoder har det vært drøftet flere andre kompetansegrunnlag⁵⁷ enn lovhjemmel. I det følgende vil det kort bli knyttet noen bemerkninger til dette.

Sedvanemessig var *generalfullmakten*⁵⁸ et kompetansegrunnlag for politiets myndighetsutøvelse. Generalfullmakten ga historisk sett politiet hjemmel til å gripe inn avvergende for å hindre ordensforstyrrelser, og å stanse lovbrudd. Etterforskning på sin side har ikke vært ansett å høre inn under generalfullmakten. *Nødrettsbetraktninger* kan i visse tilfeller tenkes å være en hjemmel for myndighetsutøvelse. Dersom vilkårene for nødrett foreligger, aksepteres en *ellers straffbar handling* som lovlig. Dette passer i midlertid dårlig ovenfor alminnelig provokasjon som ikke i seg selv er en ulovlig handling. Videre kan *alminnelig handlefrihet*⁵⁹ danne grunnlag for visse utradisjonelle metoder. Enhver kan for eksempel infiltrere et miljø for å skaffe seg informasjon. Den senere tids utvikling av personvernet kan tale for at politiet, som en overvåkende myndighet, har

⁵⁵ Application number 25829/94. Dommen vil bli behandlet i kapittel 3.

⁵⁶ Se NOU 2004:6 side 42 flg.

⁵⁷ Etter Eckhoff/Smiths (2003) nyere teori anses legalitetsprinsippet som et av flere kompetansegrunnlag. Dersom andre grunnlag ikke gir hjemmel er det nødvendig med hjemmel i lov. Det blir definert som "kompetanse er nødvendig for å treffe rettslig bindende beslutninger." Det kan således stilles spørsmål om provokasjon som en *faktisk handling* rammes av kompetanseprinsippet. Det må være klart at også politiets faktiske handlinger må utledes av et kompetansegrunnlag om handlingen griper inn i borgerens rettsfære. Kompetansekravet bør således ikke begrenses til normative disposisjoner slik Eckhoff/Smith synes å gjøre.

⁵⁸ Se Auglend/Mæland/Rødsanhaug 2004 side 401. Generalfullmakten er nå lovfestet i politiloven.

⁵⁹ NOU 2004:6 pkt. 1.3.3.1.

mindre handlefrihet hva gjelder informasjonsbehandling enn enhver annen.⁶⁰ I forhold til provokasjon, strekker politiets handlefrihet seg på den annen side til dels lenger enn enhver annens handlefrihet, da det er antatt at polititjenestemenn i form av provokatører ikke straffes for eventuell medvirkning. Det vil kort bli knyttet noen bemerkninger om dette i følgende punkt.

2.3.4 Grunnlag for provokatørens medvirkning

Ved provokasjon kan politiet risikere å medvirke til en straffbar handling gjennom sin innblanding i et hendelsesforløp. Medvirkningen kan være fysisk eller psykisk.

Rettstridsreservasjonen kan gi aksept for politiets eventuelle medvirkning, ut fra en synsvinkel om at medvirkningshandlingen ikke er *rettstridig*. Når en handling ikke er rettstridig, tilsier rettstridsreservasjonen at en ikke blir straffet.

For en sivil medhjelper kan den straffrie medvirkning tenkes å sees på som et *samtykke* fra politiet. Hvis politiet lovlig kan medvirke til straffbare handlinger kan det muligens aksepteres at en medhjelper blir gitt slik kompetanse i politiets sted.

Dersom politiet forøvrig utfører en ulovlig, eller rettstridig provokasjon, kan de tenkes å bli holdt ansvarlig som følge av grov uforstand i tjenesten.⁶¹

Grunnlaget for politiets eventuelle medvirkning må imidlertid skilles fra grunnlaget for bruk av metoden som sådan.

⁶⁰NOU 2004:6 side 45

⁶¹ Se Rt. 2000 side 1223 hvor det ble reist sak mot tre politimenn på bakgrunn av manglende opplysninger om bruk av provokativ etterforskning i rapport om etterforskningen. Det var således ikke notoritet rundt bruken av metoden.

2.3.5 Riksadvokatens retningslinjer og rettspraksis

Riksadvokatens retningslinjer er, som nevnt i pkt. 2.1, en instruks for politiets bruk av provokasjon. Avgjørelsen fra Rt. 1984 side 1076 viser i stor grad til retningslinjene fra 1982, og Høyesterett tiltrer grensene som her var gitt for utførelsen av metoden. Metoden er videre akseptert gjennom fast og langvarig rettspraksis. På bakgrunn av dette kan metoden nå nok karakteriseres som ulovfestet rett.

3 Vilkårene for provokativ etterforskning

3.1 Innledning

Da lovgiver har avstått fra å gi regler om provokasjon har det hovedsakelig vært opp til domstolene å utvikle grensene for lovlig provokasjon. Vilårene er kumulative, men brudd på mindre tungtveiende vilkår har vært akseptert. Vilårene springer ut av flere Høyesterettsdommer, og kan presenteres på forskjellige måter. I oppgaven deles vilårene opp i materielle og prosessuelle vilkår.

3.2 Materielle vilkår

De materielle vilkår kan deles i vilkår som må foreligge for at politiet kan *iverksette* provokasjon, og for vilkår som gjelder for *utførelsen* av provokasjonen. *Før* provokasjonen iverksettes er det særlig mistankevilkåret og kriminalitetsvilkåret som må vurderes. *Under utførelsen* av provokasjonen er det særlig grunnvilkåret og forholdsmessighetsvilkåret som må overholdes.

3.2.1 Grunnvilkåret

Grunnvilkåret ble formulert av Dorenfeldt, og første gang anvendt i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1984 side 1076.

Saken dreide seg om narkotikakriminalitet. Politiet hadde varetektsfengslet en person D, siktet for å ha kjøpt 360 gram amfetamin fra C. Når D satt varetektsfengslet fikk politiet kjennskap til et telegram sendt fra C til D om at 1 kg amfetamin ville bli oversendt D. Avsenderen forsøkte også å kontakte D sin arbeidsplass. Det ble besluttet å la en politimann utgi seg for å være D. Politimannen hadde kontakt med Cs forlovede som befant

seg i Portugal, og en person B, som samarbeidet med C i Amsterdam. Politimannen ga uttrykk for interesse for å kjøpe partiet på 1 kilo amfetamin. B ville levere dette i København, men politiet holdt fast ved levering i Oslo. Amfetaminkvantumet ble etter forslag fra Cs forlovede økt til 3 kilo. A transporterte stoffet fra Amsterdam til Norge. A ble pågrepet kort etter overleveringen av stoffet til politimannen utgitt som D. B ble pågrepet i København da han kom for å motta pengene der. A og B, begge nederlandske statsborgere ble dømt i saken. Høyesterett opprettholdt lagmannsrettens straff av 3 år for A og for B ble straffen økt fra 5 år til 6 år.

Vurderingstemaet i saken var den rettslige vurderingen av provokasjon.⁶² Om grensene for provokasjon uttalte Høyesterett på side 1080 at ”det synes å være *alminnelig enighet om – og jeg finner det for min del klart – at det kan ikke aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått*”. At politiet ikke må fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått, er senere blitt karakterisert som grunnvilkåret for provokasjon. Vilkåret er grunnleggende i det det skiller den lovlige og den ulovlige provokasjon.

Grunnvilkåret er fulgt opp i teori og senere rettspraksis. At politiet ved provokativ etterforskning ikke må fremkalle en handling som ellers ikke ville blitt begått, hindrer at det skapes kriminalitet ved bruk av metoden.

Det er vanskelig på generelt grunnlag å fastlegge hva som ligger i grunnvilkåret. Hva som ligger i begrepet *fremkalle*, og hvordan det vurderes om handlingen *ellers ikke ville blitt begått*, gir ikke formuleringen av grunnvilkåret noen anvisning på. Dette kan på grunnlag av senere teori og rettspraksis vurderes ut fra en årsaksbetraktning. Politiet kan ikke være *årsak* til at selve den straffbare handling blir begått, men visse påvirkninger kan politiet være årsak til. Årsakskriteriet blir behandlet i pkt. 3.2.1.1.

⁶² Høyesterett betegnet det her som *ekstraordinære etterforskningsmetoder*, se Rt. 1984 side 1076 på side 1076.

Hvem som tar *initiativet* til den straffbare handling, og om det eksisterer et *marked* for den kriminalitet det dreier seg om, er to momenter av betydning for om grunnvilkåret er oppfylt. Dette vil bli behandlet i henholdsvis pkt. 3.2.1.3 og 3.2.1.4.

Krav om at politiet ikke må fremkalle den straffbare handling følger også av EMD-praksis i saken Teixeira de Castro mot Portugal.⁶³

I denne saken ønsket to politiagenter å kjøpe heroin av en person de hadde hatt kontakt med over en periode. Denne personen hadde ikke heroin, men tok politiagentene med hjem til de Castro som kunne ha dette. De Castro hadde ikke stoff hjemme, men dro ut for å skaffe dette fra en tredjeperson, og kom tilbake med stoffet til politiagentene hvorefter han ble pågrepet. De Castro var ukjent for politiet frem til dette.

EMD fant i denne saken at “*The officers had thus incited criminal activity which might not otherwise have taken place.*” Dette ble ansett som brudd på EMK artikkel 6 (1) om kravet til rettferdig rettergang. Konvensjonsbestemmelsen vil bli behandlet nærmere i forhold til ulovlig provokasjon i kapittel 4 og 5.

3.2.1.1 Nærmere om årsakskriteriet

Utformingen av årsakskravet har i rettspraksis variert. Dommen fra Rt. 1998 side 407, Skrik-saken, synes å bygge på *betingelseslæren*.

En person, A, formidlet opplysning til Nasjonalgalleriet om at tyvene av maleriet Skrik, var interessert i å tilbakelevere maleriet mot en løsesum på 3 000 000 kroner, senere 3 150 000 kroner. Politiet iverksatte en plan i samarbeid med kunst- og antikvitetsavsnittet fra New Scotland Yard i London. To agenter fra New Scotland Yard opptrådte som representanter angivelig fra en amerikansk institusjon, Paul Getty Foundation, som skulle finansiere løsepengene. En kunsthandler fra Tønsberg ble koblet inn som mellommann. I et møte mellom agentene og A, samt en annen person som opptrådte som kontaktperson for tyvene i Oslo, ble pengene vist frem. Pengene var utlånt fra Bank off England. Neste dag skulle kunsthandleren overlevere maleriet til en av agentene i Åsgårdstrand, mens den andre agenten samtidig på Grand hotell i Oslo skulle

⁶³ Application 25829/94

overlevere pengene til A og den andre kontaktpersonen fra tyvene. Når maleriet ble overlevert, ble A pågrepet på hotellet. Høyesterett frifant A for heleri. Det var dissens (3:2) i henhold til begrunnelsen for frifinnelsen.

Flertallet ved førstvoterende uttalte: *”om politiets aksjon tenkes bort synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.”*⁶⁴

Det ble begrunnet i at det ikke syntes å være andre aktuelle kjøpere som var villig til å betale det angitte beløp der og da. Mindretallet ville frifinne ut fra et obiter dictum fra førstvoterende, som gikk på at etterforskningen som sådan var beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter, at den ikke kunne danne grunnlag for domfellelse.

Betingelseslæren springer ut av den latinske formel *conditio sine qua non* – og går ut på at enhver *nødvendig* betingelse er å betrakte som årsak.⁶⁵ Det må spørres om følgen, den straffbare handling, ville inntruffet om handlingen, etterforskningsinngrepet, tenkes bort. Ville den ikke inntruffet, er etterforskningsinngrepet den nødvendige betingelse og således årsak til den straffbare handling, og således foreligger en ulovlig provokasjon.

Årsakskravet er videre kommet til uttrykk i avgjørelsen inntatt i Rt. 1992 side 1088 hvor lagmannens rettsbelæring ble akseptert. I rettsbelæringen var det uttalt at de tiltalte måtte frifinnes dersom den *”eneste årsak”*⁶⁶ til at partiet ble innført var politiets medvirkning.

I den grunnleggende avgjørelse fra Rt. 1984 side 1076 viser Høyesterett til Riksadvokatens⁶⁷ formulering av grunnvilkåret *”det må sannsynliggjøres utover enhver rimelig tvil at selgeren er positivt interessert i å omsette stoffet, og at stoffet - dersom politiet ikke hadde kjøpt - hadde blitt omsatt til noen andre”*.⁶⁸ Jeg forstår en slik formulering dit hen at det gis uttrykk for et årsakskrav etter betingelseslæren. Politiets

⁶⁴ Se Rt. 1998 side 407 på side 410.

⁶⁵ Se Andenæs, Alminnelig strafferett, 2004 side 127.

⁶⁶ Se Rt. 1992 side 1088 på side 1090.

⁶⁷ Dette var de tidligere retningslinjer som kun gjaldt narkotikasaker.

⁶⁸ Se Rt. 1984 side 1076 på side 1082.

handling gir her uttrykk for den nødvendige betingelse, og dersom denne ikke hadde foreligget måtte stoffet ha blitt omsatt til noen andre for at provokasjonen skulle være tillatt. I dommen uttaler Høyesterett videre ”*I utgangspunktet er etterforskning med provokasjonstilsnitt bare berettiget når politiet måtte legge til grunn at den straffbare handling ville blitt begått også uavhengig av dets rolle i begivenhetsforløpet.*”⁶⁹ Dette mener jeg gir uttrykk for det samme.

Vedrørende en av de tiltalte foretok imidlertid Høyesterett en annen form for årsaksvurdering. A, som var kurer, hevdet han var trukket inn i saken på bakgrunn av at destinasjonen ble endret til Norge, han hadde i sin politiforklaring gitt uttrykk for at han hadde påtatt seg å transportere stoffet til Danmark, men at destinasjonen senere ble endret til Norge.⁷⁰ Uavhengig av dette fant Høyesterett at ”*politiets mulige bidrag til at A ble trukket inn i saken er for fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt den straffbare forhold fra hans side.*” Med dette oppstilles det en form for avgrensning mot adekvat årsakssammenheng som skiller seg fra betingelseslæren. Som det fremgår av forrige avsnitt, mener jeg dommen også gir uttrykk for betingelseslæren, så ”fjern og indirekte” uttalelsen kan sees på som et tilleggsmoment⁷¹ for om årsakskravet er oppfylt.

Andre rettsavgjørelser viser til samme ”fjern og indirekte vurdering”. Dommen fra Rt. 2000 side 1482 dreide seg om innførsel av 199 kilo hasj.

To personer, B og C, ble stoppet kort tid etter å ha kjørt inn i landet over Ørje. Deres trailerlast besto av brukte bildeler og en kasse inneholdende 199 kilo hasj. De to ønsket å samarbeide med politiet og kjørte for å møte mottakeren, D, ved en veikro. Sammen kjørte D og de to i traileren avsted, men D snudde og ropte til de to at politiet var etter han, eller dem, og at de fikk ringe og si avtalen var gått i vasken. B ringte deretter etter instruks fra politiet til sin oppdragsgiver, F, i Nederland og fortalte at mottakeren hadde fått kalde føtter. B forsikret F om at de ikke var under spaning. F ba dem avvente ved den samme veikro, F ringte neste morgen

⁶⁹ Se Rt. 1984 side 1076 på side 1080.

⁷⁰ Se Rt. 1984 side 1076 på side 1083.

⁷¹ Se om dette i Hopsnes JV 2003 side 99.

opp B og C og ba dem dra for å møte E. E ble pågrepet mens han lastet hasjen over fra traileren til sin bil. E sa seg villig til å samarbeide med politiet og dermed ble A som skulle få hasjen fra E, pågrepet etter denne overleveringen. A ble i lagmannsretten dømt til en straff av fengsel i 7 år og anken ble forkastet av Høyesterett da de fant av etterforskningsmetoden ble akseptert som lovlig.

Hva gjelder årsakskravet sier Høyesterett ” *For at politiet skal anses å ha fremkalt handlingen, er det ikke tilstrekkelig at den ikke ville ha blitt begått dersom politiets opptreden i saken tenkes borte*”. Og videre, ”*Som Høyesterett påpeker i Rt. 1984-1076 på side 1083, kan politiets mulige bidrag til at tiltalte ble trukket inn i saken, være « for fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side*».” Dette kan tolkes som om det tas avstand fra betingelseslæren, og at årsakssammenhengen vil måtte bero på en nærmere vurdering av betydningen av politiets påvirkning, og dersom man kommer til at politiets betydning har vært for fjern, eller indirekte til å kunne ha virket inn på om den straffbare handling er blitt begått vil grunnvilkåret være oppfylt.

Politiets påvirkning ved provokasjon er i stor grad psykisk. Dermed kan det bli spørsmål om politiet har fremkalt gjerningsmannens vilje til å begå den aktuelle handlingen, og på den måten vært årsak til handlingen.

Til nå har det vært redegjort for årsakskravet og hva som nærmere ligger i dette. Videre skal det redegjøres for hva politiet faktisk kan foreta seg gjennom en provokasjon. Det ligger i selve provokasjonsinstituttet at politiet *påvirker* straffbare handlinger. Følgelig vil dette kunne gi *årsak* til visse begivenheter, og det må godtas for at provokasjonen skal medføre en realitet.

3.2.1.2 Hva politiet kan forårsake

I avgjørelsen fra Rt. 1984 side 1076 uttaler Høyesterett at det kan godtas at politiet gir årsak til ”*visse endringer i tid, sted, og utførelse*.” I den aktuelle saken ble det godtatt at politiet holdt fast ved levering av stoffet i Norge, og at det dermed ikke ble levert i København, som var forslaget fra den som organiserte transporten fra Amsterdam.

I samme sak godtok også Høyesterett at kvantumet ble økt fra en til tre kilo amfetamin. Således ble det en grovere overtredelse av straffeloven § 162 enn det først dreide seg om. Det kan spørres om ikke politiet var årsak til dette. Høyesterett viste imidlertid til at det ikke var politiet som tok initiativ til økningen og at det var naturlig at politiet ønsket å få hånd om hele det kvantum gjerningsmennene ønsket å sende til Norge. Deres forsett dreide seg om hele kvantumet, og de ble dømt for tre kilo i Høyesterett i motsetning til i lagmannsretten som kun dømte for innførsel av en kilo.⁷²

Det kan likevel tenkes at en endring av et kvantum som fører til at forholdet subsumeres under en strengere bestemmelse, ikke vil oppfylle årsakskriteriet. Hvem som i så fall tar initiativet vil være av betydning. Dette blir behandlet nærmere nedenfor.

Endring i tid eller sted er normalt uten strafferettslig relevans ved utførelsen av en straffbar handling. Dette vil riktignok måtte bero på en nærmere vurdering av det konkrete straffebud. Det forekommer straffebud som er tid- og steds-bundne.

Dersom det dreier seg om flere forbrytelser kan tidspunktet spille inn, for om det dreier seg om en fortsatt forbrytelse eller ikke. Ved narkotikasaker har det vært alminnelig å anse det som en fortsatt forbrytelse der ulike deler av hendelsesforløpet i seg selv er selvstendige overtredelser av straffeloven § 162.

Hopsnes viser i sin artikkel til et eksempel om ulovlig jakt. Hvis politiet ønsker å avsløre ulovlig jakt, og ved sin kontakt med gjerningspersonen flytter jaktdatoen til et tidspunkt utenfor tiden for lovlig jakt⁷³ vil dette være en ulovlig provokasjon. Det kan også stilles spørsmål om avdekking av ulovlig jakt oppfyller kravet om alvorlig kriminalitet. Jeg går ikke nærmere inn på dette her. Kravet om alvorlig kriminalitet behandles i pkt. 3.2.5.

⁷² Se Rt. 1984 side 1076 på side 1084.

⁷³ Jakt utenfor angitte tider er straffbart i medhold av Lov om viltet, 29. mai 1981 nr. 39 § 56 første ledd jf. §§ 9 og 20.

På hvilket sted en straffbar handling begås er, forutsatt at det er innenfor Norges stedlige jurisdiksjon, uten betydning. I saken fra Rt. 1984 side 1076 holdt politiet fast ved levering i Norge. Planen var uansett at stoffet skulle til den norske mottaker som satt fengslet, og selv om overlevering hadde funnet sted i Danmark ville kureren og organisatoren av transporten antageligvis kunne blitt straffeforfulgt i Norge. Lovligheten av endringer for sted vil det antas må bero på hvorvidt handlingen kan straffes i Norge. Straffelovens regler om jurisdiksjon vil ofte gi mulighet til å straffe forhold begått i andre land. Det vil ikke bli gått nærmere inn på jurisdiksjonsreglene.

3.2.1.3 Betydningen av hvem som har tatt initiativet

Det er et sentralt moment hvem som tar initiativet til handlingen. I dommen fra Rt. 1984 side 1076 uttales det på side 1080 at ” *det må legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handling*”. Dersom politiet tar initiativet direkte eller indirekte taler det i mot at grunnvilkåret er oppfylt. Dette følger blant annet av dommen inntatt i Rt. 1993 side 473. Når initiativet er tatt av objektet for provokasjonen, utviser denne en vilje til å begå den straffbare handling uavhengig av politiets påvirkning. Det kan spørres om politiet i det hele tatt kan ta initiativet på bakgrunn av dette momentet? Det er neppe tilfellet. Uttalelsene fra rettspraksis tilsier ikke at det er et absolutt vilkår, men et moment av betydelig vekt. I Riksadvokatens rundskriv⁷⁴ vurderes det ikke som en absolutt skranke, men det betegnes å *tale i mot* at grunnvilkåret er oppfylt. For narkotikatilfellene fremholder Andenæs, at det ikke bør betraktes som avgjørende om det er politiet som retter forespørsel om kjøp når den aktuelle personen er ”*under sterk mistanke for profesjonell narkotikahandel*”.⁷⁵ I slike tilfeller vil stoffet omsettes uavhengig av politiets påvirkning. Ved at politiet opptrer som kjøper vil da stoffet havne i politiets hender i stedet for en annen mottaker. Dette kan tale for at grunnvilkåret vil være oppfylt, selv om politiet har tatt initiativet i slike tilfeller. Dersom objektet for provokasjonen er i besittelse av stoffet på

⁷⁴ Rundskriv 2000/2 pkt. 2.2.

⁷⁵ Andenæs 2009 side 260.

tidspunktet for politiets forespørsel om kjøp, kommer dette gjerne ikke på spissen da selve besittelsen er straffbar. Påtalemyndigheten kan da nøye seg med å ta ut tiltale for besittelseforholdet. Dersom det går noe tid mellom politiets forespørsel og selve salget, kan det være at objektet for provokasjonen skaffer stoffet på bakgrunn av politiets forespørsel. Således kan kanskje politiets forespørsel tenkes å ha fremkalt også besittelsen av det aktuelle partiet.

Politiet kan neppe ta initiativ til kvantumsøkning, eller involvere et tyngre stoff som følge av provokasjonen. Skal dette kunne godtas må nok i alle fall politiet ha en klar oppfatning av at objektet for provokasjon allerede har befatning med større kvantum, eller andre tyngre stoffer. Er det først på det rene at en viss mengde narkotika ville blitt innført, eller omsatt også uten politiets inntreden, og det er gjerningsmannens forslag å øke kvantumet, vil dette kunne stå seg, jf. dommen fra Rt. 1984 side 1076.

Når objektet for provokasjonen initierer lovbruddet er det ikke dermed klart at grunnvilkåret er oppfylt. Momenter i hendelsesforløpet kan tilsi at personen har ønsket å trekke seg på et tidspunkt hvor tilbaketreden enda kan skje straffritt. Dersom politiet presser på, for å gjennomføre det straffbare forholdet, kan dette medføre at grunnvilkåret blir vurdert som overtrådt i det konkrete tilfellet.

3.2.1.4 Betydningen av markedskriteriet

Det må eksistere et marked for den straffbare handling. Dette kommer til uttrykk i avgjørelsen fra Rt. 1998 side 407, og i Riksadvokatens rundskriv. Marked finnes for eksempel for omsetning av narkotika, tyvegods og barnepornografi. I Skrik-saken ble markedsvilkåret ikke ansett for å være oppfylt. Dersom politiets inntreden tenktes bort, ville det vært uklart når en eventuell avhendelse av Skrik-maleriet kunne finne sted. Dette kan i så fall tilsi at det må eksistere et konkret og aktuelt marked. Det var dissens på dette punkt i Skrik-saken. To dommere mente markedskriteriet var irrelevant for gjerningsmannens straffeskyld og således ikke skulle legges vekt ved bedømmelsen av om

politiet hadde fremkalt den straffbare handling. Det eksisterer et marked for omsetning av stjålet kunst, selv om dette neppe kan karakteriseres som et stort og aktivt marked. Metoden er viktig nettopp i situasjoner med spesielle og lite dagligdagse varer. For eksempel ved omsetning av våpen, bomber og liknende vil metoden kunne være svært aktuell, og må kunne brukes selv om dette er varer som omsettes i et beskjedent marked, tilsvarende som for stjålet kunst. Markedskriteriet har ikke senere vært vurdert i rettspraksis, da dette ikke synes å ha kommet på spissen.

Hvilken betydning markedskriteriet vil kunne få ved andre anledninger synes noe uklart. Hensynet til effektive etterforskningsmetoder taler for at vilkåret ikke tillegges avgjørende betydning. At vilkåret også synes å være irrelevant for gjerningsmannens straffeskyld tilsier at det rettsikkerhetsmessig ikke er et vilkår av vesentlig tyngde.

3.2.2 Grunnvilkåret og bevisprovokasjon

Vilkårene for alminnelig provokasjon og bevisprovokasjon er i utgangspunktet de samme. Det er likevel forskjell i hensynene bak disse to former for provokasjon, og det gir utslag i at ikke alle vilkår er aktuelle på samme måte. Ved en ren bevisprovokasjon kommer politiets inntreden *etter* den straffbare handling. Således er det ikke like stor fare for å skape kriminalitet. Grunnvilkåret vil dermed regelmessig være oppfylt.⁷⁶ Det kan likevel tenkes tilfeller der vilkåret kan få betydning. Riksadvokaten viser til eksempel om at politiet ønsker å skaffe bevis for besittelse av våpen. Går det lang tid mellom provokasjonshandlingen og bevisinnhenting kan objektet for provokasjonen komme til å stjele våpen, som følge av politiets provokasjon. Således er den straffbare handling begått med årsak i politiets bevisprovokasjon. For at bevisprovokasjon skal kunne gjennomføres må politiet ha tilstrekkelig kontroll med begivenhetene til at en slik utvikling kan utelukkes.⁷⁷

⁷⁶ Se Riksadvokatens rundskriv 2000/2 side 4.

⁷⁷ Se Riksadvokatens rundskriv 2000/2 side 4.

3.2.3 Forholdsmessighetsvilkåret

Riksadvokaten har oppstilt et krav om forholdsmessighet ved bruk av provokasjon.⁷⁸ Det er kun tillatt å benytte provokasjon hvor det fremstår som forholdsmessig opp mot det samfunnsødet den aktuelle kriminaliteten representerer.

Forholdsmessighetsprinsippet er aktuelt både ved iverksettelsen, og under utførelsen av provokasjon. Prinsippet tilsier at det må gjøres en vurdering før man setter i gang det inngrepet en provokasjon er, og underveis vil forholdsmessighetskravet kunne sette grenser for hvor langt man kan gå i det konkrete tilfellet.

Ved enhver etterforskning gjelder grunnprinsippet om forholdsmessighet mellom tjenestehandlingens mål og middel⁷⁹. Prinsippet er kommet til uttrykk i politiloven § 6 annet ledd annet punktum ”*de midler som anvendes, må være nødvendige og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene forøvrig*”, som en alminnelig bestemmelse om hvordan polititjenesten skal utføres.

Forholdsmessighetsvilkåret har en sammenheng med kriminalitetsvilkåret som blir behandlet under. Der det dreier seg om alvorlig kriminalitet vil forholdsmessighetsvilkåret gjerne være oppfylt.

3.2.4 Mistankekravet

Riksadvokat Dorenfeldt fremholdt at det var en forutsetning for å anvende provokasjon at man *virkelig hadde grunn* til å mistenke personer for profesjonell narkotikahandel med særlige farlige stoffer. I retningslinjene av 1980, var det en forutsetning om *sterk mistanke*, som kunne føre til beslag som klart falt inn under straffeloven § 162. Disse retningslinjene

⁷⁸ Riksadvokatens rundskriv 2000/2 pkt 2.3

⁷⁹ Se Auglend, Mæland og Røsandhaug, Politirett 1998 side 363

blir det vist til i den grunnleggende dom, inntatt i Rt. 1984 side 1076 på side 1080. Det kan således se ut til at førstvoterende tiltrer dette kravet. I Riksadvokatens rundskriv 2000/2, som gjelder for provokasjon generelt, er imidlertid ikke mistankevilkåret inntatt. Det kan således stilles spørsmål om mistankekravet er forlatt, eller om det bare gjelder for narkotikasaker. Det finnes flere forhold som tilsier at et visst mistankekrav gjelder uavhengig av kriminalitetsområde.

For det første taler hensynet om kriminalisering for at det skal gjelde et mistankekrav. Som det er vist til over, er det et sentralt hensyn at politiet ikke skal skape kriminalitet ved bruk av provokasjon. Ved at det ikke oppstilles et krav om mistanke kan det være fare for at dette kan skje, og grunnvilkåret bør således suppleres med et mistankevilkår.

Riksadvokatens retningslinjer, som kun gjaldt narkotikasaker, er vist til i Skrik-saken, inntatt i Rt. 1998 side 407. Det sies at retningslinjene ikke er avgjørende, men henvisningen kan tas til inntekt for at retningslinjene, og herunder mistankevilkåret, er relevant også for andre type saker.

Videre kan grunnen til at mistankekravet ikke har vært vurdert av Høyesterett senere, vært at dette ikke ser ut til å ha kommet på spissen.

Utvalget som behandlet provokasjon i NOU 2004: 6 slår fast at et krav om mistanke gjelder generelt jf. utredningens pkt. 7.5.2.5.2, uten nærmere å drøfte dette.

EMDs praksis vedrørende provokasjon viser at det gjelder et mistankekrav og at dette må være av en viss styrke. I Teixeira de Castro saken var det et sentralt moment at de Castro ikke var kjent av politiet forut for provokasjonen. I Ludi saken var domfelte mistenkt av politiet, og denne saken fikk et annet utfall enn de Castro saken.

Fra et mer til det mindre perspektiv, kan vilkårene for å igangsette alminnelig etterforskning tjene som argument for at det i alle fall gjelder et mistankekrav ved provokativ etterforskning. Hjemmelen for å iverksette etterforskning finnes i

straffeprosessloven § 224 første ledd. Etterforskning foretas som følge av anmeldelse, eller dersom andre omstendigheter gir *rimelig grunn* til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold. Tilsvarende også etter påtaleinstruksen⁸⁰ § 7-4 første ledd. Rimelig grunn tilsier at det må foreligge en viss *mistanke*. Strengere mistankekrav gjelder for å iverksette visse tvangsmidler. For å iverksette kommunikasjonskontroll etter strprl. § 116a, som tidligere også har vært hevdet å være et etterforskningsskritt av utradisjonell art, kreves for eksempel skjellig grunn til mistanke, et mistankegrunnlag av mer kvalifisert art. Da alminnelig etterforskning i alle fall krever en viss mistanke, og tyngre straffeprosessuelle virkemidler av liknende tyngde som provokasjon krever skjellig grunn til mistanke, kan dette tale for et mistankekrav av en viss styrke.

Etter dette legges til grunn at det gjelder et mistankekrav ved iverksettelse av provokasjon.

3.2.5 Kriminalitetskravet

Ved hvilke straffbare handlinger kan provokativ etterforskning benyttes? Provokasjon er en inngripende metode som må forbeholdes særlige former for kriminalitet.

Kriminalitetsvilkåret går ut på at provokativ etterforskning kun kan aksepteres ved alvorlige lovovertridelser. Vilkåret kan karakteriseres som kriminalitetsvilkåret eller alvorlighetsvilkåret.

Alvorlighetskravet ble for første gang i rettspraksis formulert gjennom avgjørelsen fra Rt. 1984 side 1076. Førstvoterende uttaler at metoden ”*bare kunne aksepteres ved alvorlige lovovertridelser*”. Dette er siden gjentatt av Høyesterett ved flere anledninger⁸¹. I avgjørelsen fra Rt. 1993 side 473 ble alvorlighetskravet presisert. Det uttales at man ved bedømmelsen av alvorlighet ”*bør man nok ikke bare se på strafferammen, men også ta*

⁸⁰ Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten av 28. juni 1985 nr. 1679.

⁸¹ Se blant annet Rt. 1993 side 473 og Rt. 1998 side 407 samt Rt. 1997 side 1659 hvor lagmannsrettens rettsbelæring vedrørende alvorlighetskravet tiltres.

hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet". Videre ble det uttalt at i den foreliggende sak hvor provokative metoder var benyttet for å avdekke pirattaxi-kjøring, var dette ikke en kriminalitetstype som kvalifiserte til bruk av slike metoder.

Saken i Rt. 1998 side 407 dreide seg om alvorlig vinningskriminalitet. Hva som skal til for at vinningskriminalitet anses som alvorlig vil måtte bero på en nærmere vurdering av omfang, organisering og verdi.⁸²

Etter riksadvokatens oppfatning, er det ikke hensiktsmessig å instruksfeste ved hvilken form for kriminalitet provokasjon kan benyttes, men det oppstilles krav om alvorlig kriminalitet.⁸³

Kriminalitetstypen må vurderes ut fra alvorlighet, hvor ikke bare strafferammen spiller inn, men også hva slags samfunnsønde det dreier seg om, og den samfunnsmessige betydningen av å få bukt med den aktuelle kriminalitet. I NOU 2004:6 foreslås en strafferamme på 5 år.⁸⁴

Historisk var det ved alvorligere narkotikaforbrytelser provokasjon ble benyttet. Dette er fortsatt det rådende feltet for bruk av provokasjon. Den rettspraksis som omhandler narkotika dreier seg om forhold som faller innenfor straffelovens § 162 annet og tredje ledd, og det er således en strafferamme på inntil 10 år.

Videre er alvorlig vinningskriminalitet akseptert. Skriksaken⁸⁵ dreide seg om heleri etter straffelovens § 317. Bestemmelsen har en strafferamme på inntil 3 år for heleri i alminnelighet, og inntil 6 år for grov overtredelse av bestemmelsen.

⁸² Se Riksadvokatens rundskriv 2000/2 pkt. 2.3

⁸³ Se Riksadvokatens rundskriv 2000/2 pkt. 2.3

⁸⁴ NOU 2004:6 side 199

⁸⁵ Rt. 1998 side 407

Særlig aktuelt kan det være å anvende provokasjon ved sedelighetskriminalitet mot barn.⁸⁶ Dette kan være lovovertridelser med forskjellig strafferamme. Spredning av barnepornografi har etter straffeloven § 204 a en strafferamme på inntil 3 år.⁸⁷ Seksuell omgang mot barn har en strafferamme på henholdsvis inntil 10 år for barn under 14 år jf. straffeloven § 195, og strafferammen øker til 21 år dersom noen av de særlige skjerpende omstendigheter i bestemmelsens andre ledd gjør seg gjeldende. For barn under 16 år er strafferammen etter § 196 inntil 5 år, og for de spesielle skjerpende omstendigheter inntil 15 år jf. § 195 annet ledd.

At de rene overgrep mot barn kvalifiserer til bruk av provokasjon er således ikke problematisk ut fra alvorlighet og strafferamme. For spredningen av barnepornografi er derimot bruken av provokasjon ikke like opplagt ut fra strafferammen. Dette er en form for kriminalitet som har et stort samfunnsskadelig potensial. Avhengig av hva slags avbildninger det barnepornografiske materialet består av, ligger det overgrep eller i alle fall misbruk av barn til grunn for det materiale som er produsert. Dette synes lite reflektert i strafferammen. Slik kriminalitet er også vanskelig å avdekke ved annen etterforskning. Dette taler for at provokasjon må kunne benyttes ved overtredelse av straffelovens § 204 a.

At det gjelder et alvorlighetskrav er en viktig rettsikkerhetsgaranti. Faren for å kriminalisere ellers lovlydige borgere blir liten når man sammenholder mistankekravet og alvorlighetskravet. Alvorlighetskravet bør ikke bare knyttes opp mot strafferamme, men kriminalitetens karakter må også vurderes.

Organisert kriminalitet består av ulike former for kriminalitet. Straffbare handlinger kan få en alvorligere karakter ved at de utføres av organiserte kriminelle grupper. Dette kan tilsi at

⁸⁶ Se Riksadvokatens rundskriv 2000/2 pkt. 2.3

⁸⁷ Straffeloven § 204 a første ledd

kriminalitet, som ellers er i grenseland hva gjelder alvorlighetskravet, kan kvalifisere for bruk av metoden.

3.3 Prosessuelle vilkår

3.3.1 Annen etterforskning må ikke være anvendelig

Provokativ etterforskning skal være et sekundært etterforskningsmiddel. Dette følger av avgjørelsen fra Rt. 1984 side 1076. *"metoden bør således bare aksepteres (...) når vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelig"*.⁸⁸ Avgjørelsen fra Rt. 1993 side 473 viser til denne uttalelsen.

Riksadvokaten fremholder i sitt rundskriv at det ikke er et vilkår at politiet først har forsøkt å nå frem på tradisjonelt vis.⁸⁹ Det er nettopp ved saker som på generelt grunnlag ikke lar seg oppdage, eller oppklares på tradisjonelt vis at provokativ etterforskning skal kunne brukes. Vilkåret må kunne begrunnes i at metoden i en viss utstrekning er inngripende og der mindre inngripende metoder gir samme resultat bør dette anvendes, ut fra en mildeste metodebetraktning.

3.3.2 Krav til kompetent beslutningsnivå

Etter de nåværende retningslinjer skal beslutningen om å iverksette provokasjon fattes av statsadvokaten i distriktet. Politimester eller visepolitimester, eller eventuelt politimesters faste stedfortreder, avgjør om beslutning skal søkes innhentet.⁹⁰ Det tidligere rundskriv fra 1980 som gjaldt narkotikasaker oppstilte et krav om at riksadvokaten skulle samtykke

⁸⁸ Se Rt. 1984 side 1076 på side 1080.

⁸⁹ Se Riksadvokatens rundskriv 2000/2 pkt. 2.4

⁹⁰ Se Riksadvokatens rundskriv 2000/2 pkt. 2.4

dersom det aktuelle stoffet ikke befant seg i landet. Dette er ikke et krav etter de nye retningslinjene. Riksadvokaten utøver fortsatt kontroll som øverste leder av påtalemyndigheten, og klageinstans for visse vedtak fattet av statsadvokaten, for eksempel utferdigelse av tiltalebeslutning.⁹¹

Det synes rimelig at provokasjon blir gjenstand for vurdering fra et hold som ikke står like nært selve aksjonen.

Dette er et personelt kompetansevilkår. Brudd på dette vilkåret innebærer ikke at det nødvendigvis foreligger en ulovlig provokasjon.⁹²

3.3.3 Krav om kontroll og forsvarlighet

Riksadvokaten oppstiller i retningslinjene krav til at provokasjonen må gjennomføres på en måte så politiet har kontroll med og kan dokumentere hva som skjer. Herunder må sikkerheten til de involverte ivaretas. I dommen fra Rt. 2000 side 1482 betegner Høyesterett dette som et ”*krav om at det må etableres en betryggende dokumentasjon- og kontroll-ordning...*”. I den konkrete saken fant Høyesterett at det ikke var grunnlag for å stille spørsmål ved dette. Politiet hadde fulgt partiet på 199 kg hasj såpass tett at det ikke var fare for at dette kunne komme på avveie.

Særlig viktig vil dette vilkåret være der politiet benytter seg av en medhjelper. For at det skal være forsvarlig å bruke en medhjelper må politiet ha god kontroll med denne. I dommen inntatt i Rt. 2000 side 1223, brukte politiet en narkotikamisbruker som medhjelper. Hun hadde informert politiet om tilbud hun hadde fått om kjøp av narkotika av en av de tiltalte. Spørsmålet om troverdighet var svært aktuelt i saken da politiet ikke

⁹¹ Jf. straffeprosessloven § 57 første ledd og § 59a.

⁹² Se Rt. 2007 side 268 hvor unnlatelse av å innhente samtykke fra statsadvokaten ikke ble gitt betydning.

overvåket kontakten mellom informanten og den tiltalte, Høyesterett uttalte: ”*I en slik situasjon forekommer det meg i strid med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper at politiet velger en informant som selv er narkotikamisbruker, som enten har eller kan få straffesiktelser mot seg og som i det hele vil føle seg - og er - avhengig av sin politikontakt.*” Det var åpenbart en fare for at slike personer kunne gå for ivrig og resultatsøkende til verks.

Dette tilsier at personer som kan tenkes å stå i et avhengighetsforhold, eller i ivrig tjeneste for politiet, ikke kan brukes som medhjelpere. Det er klart et praktisk alternativ å bruke kriminelle som medhjelpere. Der en kriminell informerer politiet om en straffbar handling han eller hun har kjennskap til, kan den eneste muligheten videre være å gjøre bruk av denne personen. I så fall vil det antas at politiet må overvåke kontakten mellom medhjelperen og objektet for provokasjonen. Således vil det kunne dokumenteres hva som faktisk er sagt. En kommer likevel ikke utenom at kontakt mellom disse kan finne sted også uten at politiet følger med. Der objektet for provokasjonen anfører dette kan det bli vanskelig å bevise provokasjonens rettmessighet.

Forsiktigheten som oppstilles ovenfor med bruk av kriminelle medhjelpere, bygger på hensynet til objektet for provokasjonen. Forsvarlighetskravet kan også tenkes å beskytte medhjelperen. Det må ikke utføres en form for provokasjon der politiet ikke har kontroll med sikkerheten til provokatøren. Dette vil gjelde tilsvarende der en polititjenestemann er provokatør.

Hva slags dokumentasjon som generelt kreves er ikke regulert. Riksadvokaten viser til at det må foreligge en *plan* på aksjonen når beslutning fra statsadvokat innhentes. Det må videre kunne antas at hvordan provokasjons handling faktisk har artet seg må nedtegnes i rapport eller lignende. Dette så etterprøvbarehet av domstol og påtalemyndighet kan finne sted.

I saken fra Rt. 2000 side 1223 ble tre polititjenestemenn anmeldt for å ikke å ha opplyst om bruken av informanten i politirapporter om etterforskningen.⁹³ EMD har i saken Edwards og Lewis mot Storbritannia⁹⁴ kommet til at det foreligger en ulovlig provokasjon dersom bruken av metoden ikke gjøres kjent for forsvaret.

3.3.4 Anvisning på en helhetsvurdering av provokasjonen

I Skrik-saken fra Rt. 1998 side 407 ville flertallet frifinne på bakgrunn av brudd på grunnvilkåret, men i et obiter dictum uttalte førstvoterende at *”(..) politiets aksjon var beheftet med så store alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse.”* Mindretallet vil frifinne på dette grunnlag. Det ble særlig vist til at måten etterforskningen ble gjennomført på kunne ha styrket tiltalte i sitt forsett og fått han til å gå over grensen fra straffrie forberedelseshandlinger, og også over grensen for tilbaketreden fra forsøk. Videre ble det vist til at de engelske agentene ikke var under god nok kontroll av politiet, til tross for at de var polititjenestemenn fra New Scotland Yard, og at aksjonen ikke var tilstrekkelig dokumentert.

I tillegg til de prosessuelle vilkår som er oppstilt for å sikre en forsvarlig provokasjon viser Skriksaken at dersom provokasjonen som helhet har alvorlige mangler og betenkeligheter kan dette medføre at provokasjonen blir å anse som ulovlig.

⁹³ Saken mot to av tjenestemennene ble henlagt som intet straffbart forhold da deres rapporter ikke inneholdt positivt uriktige opplysninger. En tjenestemann vedtok påtaleunntatelse for overtredelse av straffeloven § 120. Dette fremgår i dommen på side 1225.

⁹⁴ Applications no. 39647/98.

3.3.5 Metoden må ikke være uforenelig med prosessuelle grunnprinsipper

I Riksadvokatens rundskriv vises det til at provokasjon som etterforskningsmiddel ikke ”*må stride mot prosessuelle bestemmelser eller grunnprinsipper.*”⁹⁵ I dommen inntatt i Rt. 1999 side 1269 blir bevisprovokasjon ansett som ulovlig da den krenker et slikt grunnleggende prosessuelt grunnprinsipp; *vernet mot selvinkriminering*. Dommen vil bli behandlet nedenfor.

Andre prosessuelle grunnprinsipper kan også tenkes å sette grenser for provokativ etterforskning etter kriteriet, men forbudet mot selvinkriminering vil bli behandlet særskilt da dette har vist seg å komme opp i rettspraksis. Av fremstillingsmessige årsaker blir dette behandlet i kapittel 4.

⁹⁵ Se Riksadvokatens rundskriv 2000/2 pkt. 2.4

4 Forbudet mot selvinkriminering ved provokativ etterforskning

4.1 Innledning

I det følgende skal det behandles hvordan selvinkrimineringsvernet kan være en skranke ved provokativ etterforskning. For å vurdere dette må det i en viss utstrekning redegjøres for rettigheten som sådan.

Det er særlig ved bevisprovokasjon at selvinkrimineringsvernet gjør seg gjeldende. Selvinkrimineringsforbudet må også hensyntas ved alminnelig provokasjon, men det er gjerne ikke like aktuelt ved denne form for provokasjon.

Bevisprovokasjon kan ha forskjellig karakter. Der politiet søker å foreta et ”fordekt avhør” kan rettigheten stå i fare for å bli overtrådt. Der objektet for provokasjonen på en eller annen måte kan komme til å inkriminere seg selv ved kontakten med politiet, må politiet være oppmerksom på å ikke frembringe et *ulovlig bevis*.

Virkning av bevis innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet er svært sentralt. Som det fremgår i kapittel 5 skal ikke ulovlige ervervede bevis automatisk avskjæres. Dette vil bli redegjort for i kapittel 5.

4.2 Nærmere om rettigheten og terminologi

Forbudet mot selvinkriminering kan spaltes opp i to underkategorier, *retten til å forholde seg taus*, og *retten til ikke måtte bidra til egen domfellelse*. De fleste fremstillinger om emnet behandler dette i fellesskap som forbudet – eller vernet – mot selvinkriminering. Det er en tendens i nyere rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol at den

rettigheten spaltes opp i de to underkategorier.⁹⁶ De to deler trenger ikke nødvendigvis følges ad, men ofte er begge rettigheter krenket gjennom det samme forhold. Som en overordnet betegnelse av rettigheten er *forbudet* mot selvinkriminering valgt. Det kunne like gjerne vært benyttet betegnelsen *vernet* mot selvinkriminering. *Rettigheten* oppstiller et *vern* for den siktede⁹⁷, og et *forbud* for de myndigheter⁹⁸ som er i befatning med en siktet. Da rettigheten videre skal vurderes som en skranke for politiets utøvelse av etterforskning finner jeg i dette henseende mest passende å omtale rettigheten som et forbud. For polititjenestemennene som utøver provokasjon er selvinkrimineringsvernet et *forbud* de må hensynta.

Rettigheten er en *positiv forpliktelse*, idet den ikke bare forbyr domstoler eller politi å krenke den siktedes rett til taushet eller til ikke å måtte bidra til egen domfellelse, men også oppstiller en *plikt* for politi eller domstol til å opplyse siktede eller mistenkte om hans rett til å forholde seg taus. Således får rettigheten karakter av å være et påbud i det den utløser en aktivitetsplikt.

Rettigheten vokste frem som en videreutvikling av regler som forbød tortur for å fremtvinge forklaringer. I middelalderen var tortur et relativt alminnelig anvendt virkemiddel for å presse frem tilståelser i inkvisasjonsprosesser.⁹⁹ Grunnlovens § 96 2. pkt slår fast at ”*Pinligt Forhør maa ikke finne Sted*”. Kjernen i rettigheten kan således sies å være grunnlovsfestet.¹⁰⁰

⁹⁶ Se på samme måte professor Jon Petter Ruis argumentasjon i sin artikkel inntatt i Tidsskrift for Rettsvitenskap 2009. Han hevder at reglene i straffeprosessloven gjelder taushetsretten mens den ulovfestede bevisavskjæringslæren i varetar siktedes rett til ikke å måtte bidra til egen domfellelse

⁹⁷ Charged etter EMK og SP.

⁹⁸ Det være seg påtalemyndigheten eller domstolene.

⁹⁹ Se Rui, 2009 TfR side 50.

¹⁰⁰ Se Rui, 2009 TfR side 47.

4.3 Regelverk som dekker rettigheten

Rettigheten er i nasjonal lovgivning kommet til uttrykk gjennom flere bestemmelser i straffeprosessloven, samt gjennom menneskerettighetslovens inkorporasjon av EMK, og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, forkortet SP. Rettigheten vil også kunne anses å ha selvstendig betydning i det den er ansett som et grunnleggende rettstatsprinsipp¹⁰¹ for straffesaker som stiller krav til utformingen av rettssystemet.

Etter EMK uttrykkes ikke rettigheten direkte, men EMD har innfortolket rettigheten som en del av kravet om rettferdig rettergang i artikkel 6 (1). Rettigheten har også en side til uskyldspresumpsjonen¹⁰² i artikkel 6 (2). Påtalemyndigheten har etter denne bestemmelsen bevisbyrden og må basere anklagen mot siktede på selvstendige bevis, og ikke ut fra siktedes nektelse av å forklare seg.¹⁰³ Selvinkrimineringsvernet er uttrykkelig fastsatt i SP artikkel 14 (3 g), men vernet etter EMK er gjennom EMD utviklet til et mer omfattende vern,¹⁰⁴ og er således det mest sentrale.

Etter straffeprosesslovens¹⁰⁵ § 232 har *mistenkte* ikke plikt til å forklare seg under *avhør*.¹⁰⁶

¹⁰¹ Se Rui, 2009 TfR side 47.

¹⁰² Uskyldspresumpsjonen er ansett som et grunnleggende og universelt rettstatsprinsipp for straffesaker, og den stiller krav til utformingen av rettssystemet. Rettsstaten kjennetegnes ved at det finnes prosedyrer som hindrer at den utøvende makt anvendes vilkårlig ovenfor borgerne, og uskyldspresumpsjonen skal gjennom flere prinsipper sikre at borgerne ikke utsettes for vilkårlige inngrep ved påståtte straffbare forhold. Et av hovedprinsippene som kan utledes fra uskyldspresumpsjonen innebærer at påtalemyndigheten har bevisbyrden i straffesaker. Dette er ofte uttrykt som "in dubio pro reo" – ved tvil til fordel for den anklagede. Se Strandbakken 2003 side 27 flg.

¹⁰³ Se Jebens 2004 side 410-411.

¹⁰⁴ Se Jebens 2004 side 407.

¹⁰⁵ Straffeprosesslovens § 90 dreier seg om siktedes taushets rett for retten. Siktede har i medhold av bestemmelsen plikt til å oppgi navn, fødselsår – og dag, stilling og bopel. Retten skal på av eget tiltak opplyse siktede om retten til ikke å forklare seg. Denne bestemmelsen er ikke relevant ved provokasjon som skjer på et annet stadium.

4.4 Hvem beskyttes av rettigheten

For at den som blir utsatt for provokasjon skal kunne påberope seg vernet, må denne være i en posisjon som effektuerer rettigheten.

Etter straffeprosessloven § 232 beskyttes den som er *mistenkt*. Hva som skal til for å få status som mistenkt følger ikke av loven. Heller ikke lovens motiver eller rettspraksis gir særlige holdepunkter.¹⁰⁷ Etter strprl. § 241 vil en være mistenkt dersom det pågår etterforskning mot personen. Mistenkte skal opplyses om rettigheten. Således får taushetsretten en realitet.¹⁰⁸

Etter EMK art. 6 vernes den som er ”*charged*”. I utgangspunktet gjelder da vernet bare overfor den som er siktet for en straffbar handling.¹⁰⁹

4.5 I hvilke situasjoner gjør vernet seg gjeldende

Avhørsbegrepet tar særlig sikte på den formelle avhørssituasjon. Der politiet har samtaler med en mistenkt uten å gi seg til kjenne vil dette kunne ha karakter av et fordekt avhør, og taushetsretten gjøre seg gjeldende. Dersom mistenkte kommer med inkriminerende uttalelser under en slik samtale vil beviset som utledes fra samtalen kunne bli ansett som et ulovlig ervervet bevis.

¹⁰⁶ Rui, Tfr 2009 hevder retten til taushet er vernet gjennom straffeprosessloven mens retten til ikke måtte bidra til egen domfellelse er vernet gjennom de ulovfestede bevisavskjæringsreglene¹⁰⁶. Ved at siktede benytter seg av taushetsretten etter straffeprosessloven bidrar han heller ikke til egen domfellelse. Jeg mener således at også denne delen av selvinkrimineringsvernet til dels er dekket gjennom straffeprosesslovens regler.

¹⁰⁷ Se Andenæs 2009 side 62.

¹⁰⁸ Se Rt. 2003 side 549, og Torgersen 2009 side 230.

¹⁰⁹ Jebens 2004 side 412.

I dommen inntatt I Rt. 1999 side 1269, var spørsmålet om den form for forklaring som politiet ved bruk av utradisjonelle etterforskningsskritt hadde forledet siktede til å avgi skulle tillates ført som bevis.

Saken gjaldt en verksbetjent ved Ullersmo fengsel som var siktet for å ha hjulpet en fange å rømme.

Verksbetjenten ble varetektsfengslet, han ble avhørt seks ganger, det ble foretatt ransakning og beslag på hans bopel, og det ble innhentet trafikkdata fra hans mobiltelefonbruk. Dette fant sted før mars 1996.

Verksbetjenten ble løslatt, og ni måneder senere ble de aktuelle etterforskningsskrittene iverksatt. Politiet innledet da et samarbeid med en innsatt. I en samtale mellom disse sa verksbetjenten seg villig til å bistå ved en ny rømning. Mot et vederlag på 80 000 skulle verksbetjenten tegne en skisse av fengselet og å overgi denne til en medhjelper utenfor fengselet. Ved dette møtet ble han møtt av en politibetjent som ga seg ut for å være den avtalte medhjelper, utstyrt med mikrofon og båndopptager. Politibetjenten spurte om verksbetjenten hadde deltatt ved den forrige rømningen, og han innrømmet da dette, samt ga en nærmere forklaring på hvordan det skjedde.

Høyesterett fant at beviset var ervervet på ulovlig måte da politiet ikke hadde hensyntatt verksbetjenten rett til å forholde seg taus. Det ble fremholdt at verksbetjenten gjennom den innsatte og politibetjenten hadde blitt ”*forledet til å forklare seg*” om den befatning politiet mente han hadde med saken og ”*dette skjedde uten at A selv hadde invitert til kontakt med C og D*”.

Verksbetjenten var i dette tilfellet en mistenkt. Politiet hadde avhørt han en rekke ganger og tvangsmidler hadde vært i bruk. Verksbetjenten faller således klart inn under straffeprosessloven § 232 første ledd. At Høyesterett bedømte politiets provokasjon som en ulovlig ervervelse av bevis da dette var innhentet i strid med loven, synes naturlig. Videre tok Høyesterett stilling til hvilken betydning det fikk at beviset var innhentet ulovlig. I dette tilfellet fant Høyesterett av beviset måtte avskjæres, og lagmannsretten dom ble opphevet. Høyesterett viste både til strprl. § 232 første ledd og EMK artikkel 6.

Medfører dette at selvinkrimineringsvernet oppstiller et forbud mot fordekte avhør?

Praksis fra EMD finnes dels på tilfeller som kan sammenlignes med tilfellet i Verksbetjent saken. Videre finnes praksis hvor politiet har hatt en mer passiv rolle, for eksempel avlyttet

en mistenkt ulovlig, og brukt dette beviset i straffesaken mot han. Da foreligger ikke bevisprovokasjon i den forstand, men avgjørelsene er relevante med henblikk på hvordan EMD vurderer bruk av ulovlig ervervet bevis.

Saken Allan v. United Kingdom kan til dels sammenlignes med Verksbetjentsaken.

Allan var fengslet sammen med en medsiktet i forbindelse med ran av en butikk. Den medsiktede hadde tilstått. Det fremkom opplysninger fra en informant om at Allan var involvert i et tidligere ran hvor innehaveren av butikken var blitt drept. Det ble i verksatt avlytting og videoopptak av cellen han satt på sammen med den medsiktede og av rommet hvor klageren fikk besøk av en venninne. Den medsiktede ble etter en stund skiftet ut med en kriminell politiinformant som skulle forsøke å presse klageren for informasjon. Informanten hadde fått beskjed om "push him for what you can". Etter politiagentens forklaring skulle Allan ha innrømmet å ha vært på stedet under drapet. Dette fremgikk ikke av lydopptakene og klageren nektet for all befatning med drapet. Forklaringen fra informanten ble ikke avskåret. Allan ble dømt til livsvarig fengsel.

EMD kom her enstemmig til at det forelå krenkelse av artikkel 6 (1). Det ble lagt vesentlig vekt på at informanten søkte å presse frem opplysninger siktede ikke hadde ønsket å uttale seg om i avhør. I motsetning til i Verksbetjent-saken hadde ikke informasjonen kommet spontant, men det var et utslag av gjentatte spørsmål om drapet. En vesentlig forskjell i fra Verksbetjent saken var at Allan satt fengslet og var under press for å måtte forklare seg.

I saken Heglas mot Tsjekkia,¹¹⁰ som også dreide seg om et skjult opptak av klagerens forklaring, kom EMD til at det ikke forelå krenkelse av artikkel 6.

Heglas var mistenkt for overfall og ran. Dette skulle han ha utført sammen med en annen person som satt fengslet i saken. Kjæresten til den fengslede ble utstyrt med kroppsmikrofon og møtte Heglas som var på frifot. Heglas innrømmet sin medvirkning.

Heglas var ikke fengslet eller tidligere avhørt. Således slår ikke selvinkrimineringsvernet etter EMK inn på samme måte.

¹¹⁰ Application no. 5935/02.

En nyere avgjørelse fra EMD, som omhandler temaet er Bykov v. Russia, avsagt 3. oktober 2009.

Klageren jobbet som leder i et firma. En person som jobbet for klageren meldte i fra til den føderale sikkerhetstjenesten om at klageren hadde bedt han drepe en av klagerens tidligere forretningspartnere. Sikkerhetstjenesten og politiet satt i gang en storstilt aksjon hvor de iscenesatte et drap hjemme hos den tidligere forretningspartneren klageren ønsket drept. De gikk ut i media med at den ene var identifisert som den aktuelle forretningspartner. Den ansatte som hadde fått i oppdrag av klageren å utføre drapet ble ustyrt med radiosender og dro hjem til klageren med melding om at drapet var utført samt gjenstander fra hjemmet til forretningspartneren som bevis. Den ansatte fikk også betalt av klageren for drapet. Dagen etter ble klagerens hjem ransaket og gjenstandene beslaglagt. Klageren ble arrestert og dømt til seks og et halvt års fengsel.

EMD slo innledningsvis fast at artikkel 6 ikke regulerer hva slags bevis som kan føres for retten i en straffesak, men om rettergangen i sin helhet, inkludert anskaffelsen av bevisene, var å anse som rettferdig. Det ble vektlagt at det ikke var det eneste bevis i saken og at klageren hadde hatt mulighet til å imøtegå beviset. I forhold til spørsmålet om selvinkriminering vektla domstolen at klageren ikke var presset til å møte den ansatte, eller å snakke med denne om saken som den ansatte tok opp.

Avgjørelsen viser den samme tendens som de tidligere avgjørelser.

En vesentlig side av taushetsretten er at mistenkte ikke skal føle seg presset til å forklare seg i et avhør. Når mistenkte ved en provokasjon ikke vet at han er i et ”avhør” gjør ikke dette hensynet seg gjeldende. Om den siktede er frihetsberøvet ved det fordekte avhøret vil etter konvensjonsvernet være særlig utslagsgivende. Når siktede, som i Verksbetjentsaken, stilles spørsmål om noe han tidligere ikke har ønsket å forklare seg om, vil selvinkrimineringsvernet fort være krenket da det vil ha karakter av en omgåelse av reglene.¹¹¹

¹¹¹ Se Torgersen, 2009 side 283.

4.6 Andre situasjoner hvor vernet gjør seg gjeldende

Også ved andre bevis enn forklaringer kan selvinkrimineringsvernet gjøre seg gjeldende. I saken *Jalloh v. Germany*¹¹² dreide det seg om å avgi fysisk bevis.

Klageren var blitt pågrepet på åpen gate, mistenkt for omsetning av narkotika. Under pågripelsen svelget han en liten plastpose av samme type politiet mente å ha sett han omsette. Det ble besluttet å gi klageren brekkmiddel. En lege måtte tvinge dette i han ved hjelp fra fire politimenn. Klageren kastet opp plastposen, som viste seg å inneholde kokain og han ble dømt for narkotikaomsetning. Plastposen han kastet opp var et sentralt bevis.

I dette tilfellet fant EMD at det forelå en krenkelse av artikkel 3, selv om det ikke var tortur i direkte forstand. En kjernebestemmelse var krenket gjennom den behandling klageren hadde fått: *“The evidence used in the criminal proceedings against the applicant was thus obtained as a direct result of a violation of one of the core rights guaranteed by the Convention”*. Dette medførte at det forelå en krenkelse av artikkel 6 (1). Videre ble det vurdert hvorvidt klageren gjennom fremprovosert oppkast hadde bidratt til å etablere egen straffskyld. Flertallet (11:6) fant at det forelå en krenkelse av artikkel 6 (1) også for dette forholdet.

4.7 Oppsummering

Dersom politiet som ledd i en provokasjon foretar et fordekt avhør må dette tilfredsstillende visse forhold. For vernet etter EMK artikkel 6 (1) er det av stor betydning om man er i en avhørssituasjon, eller utenfor slik situasjon. Der den siktede blir utsatt for press i en avhørssituasjon, formell eller fordekt, vil selvinkrimineringsvernet regelmessig være overtrådt. Dersom siktede tidligere har vært spurt om forholdet kan man ikke omgå taushetsretten ved å lokke frem en forklaring. Om den siktede er frihetsberøvet eller ikke vil være av vesentlig betydning.

¹¹² Application no. 54810/00

Det er et spørsmål hvilken betydning fordekte avhør etter dette får i norsk rett. Det vil bli knyttet bemerkninger til dette i pkt. 5.3.4.

Til nå er det søkt å belyse hvilke begrensninger selvinkrimineringsvernet utgjør ved provokasjon. Dersom grensene som er trukket opp, overskrides vil beviset anses som ulovlig. Hvilken virkning dette får skal i det følgende kapittel belyses nærmere.

5 Rettsvirkninger ved overskridelse av reglene

5.1 Innledning

I pkt. 5.2 vil rettsvirkningene ved overskridelse av vilkårene for provokasjon bli behandlet. Har en provokasjons handling medført at et ulovlig ervervet bevis, vil de ulovfestede bevisavskjæringsregler avgjøre om beviset kan tillates ført, eller om det må avskjæres. Dette behandles i pkt. 5.3.

Det er rettsvirkningene for objektet som blir utsatt for den ulovlige provokasjons handling som behandles. Rettsvirkninger som følge av en ulovlig provokasjon kan også tenkes å oppstå ovenfor politiet, og ovenfor en eventuell medhjelper. Dette vil ikke bli behandlet.

Vurderingen av om grunnvilkåret er overholdt er et spørsmål av strafferettslig art. Det må foretas en nærmere vurdering av politiets opptreden under provokasjonen. Det kan sammenlignes med vurderingen av om et straffebud er overtrådt. Er ikke straffebudet overtrådt blir tiltalte å frifinne. Tilsvarende vil tiltalte bli å frifinne dersom politiet ikke har overholdt reglene for provokasjon. I rettspraksis har det variert hva slags strafferettslig feil en overtredelse av provokasjonsreglene er blitt bedømt som. I de første avgjørelsene er ulovlig provokasjon ansett som saksbehandlingsfeil, deretter lovanvendelsesfeil og i saken fra Rt. 2000 side 1482 åpnes for at det dels kan sees som saksbehandlingsfeil og dels som lovanvendelsesfeil. Hvordan feilen karakteriseres har betydning for Høyesteretts prøvelsesrett.

Spørsmålet om beviset er lovlig ervervet er et spørsmål av straffeprosessuell art. Ved overtredelse av reglene for provokasjon blir ikke resultatet automatisk frifinnelse, men etter en nærmere vurdering kan beviset bli avskjært. Dette kan igjen føre til frifinnelse dersom bevistilbudet forøvrig ikke strekker til.

5.2 Ulovlig provokasjon

Dersom politiet har utført en ulovlig provokasjon skal påtalemyndigheten normalt avstå fra å reise straffesak mot den eller de som er utsatt for provokasjonen.¹¹³ Noe annet vil være utilbørlig.¹¹⁴ Det vises til det som tidligere er sagt om påtalemyndighetens bevisbyrde i kapittel 4. Påtalemyndigheten må på den ene side i alminnelighet bevise at tiltalte har utført de objektive elementer i gjerningsbeskrivelsen med tilstrekkelig skyld. Videre må det bevises at provokasjonen er lovlig. Beviskravet er strengt. For at et bestemt faktum¹¹⁵ skal legges til grunn for domfellelse, må dette være *bevist utover enhver rimelig tvil*. Å føre bevis for at tiltalte faktisk har begått handlingen er normalt uproblematisk der politiet har vært innblandet og hatt kontroll med hendelsesforløpet. Det problematiske vil være å føre bevis for at selve provokasjonen har vært lovlig.

Det mest praktiske tilfellet er brudd på grunnvilkåret. Det er klart at det ved brudd på grunnvilkåret foreligger en ulovlig provokasjon som medfører straffrihet. Hvordan straffriheten begrunnes har variert i rettspraksis.

Den første dom som tar stilling til følgene¹¹⁶ av ulovlig provokasjon er dommen fra Rt. 1992 side 1088. Høyesterett uttaler ”*Det som taler mot straff for handlinger som er fremprovosert av politiet, er først og fremst at dette finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet. Slike omstendigheter må kunne føre til at straff ikke anvendes.*”

¹¹³ Se Dorenfeldt side 292.

¹¹⁴ Se Dorenfeldt side 292.

¹¹⁵ Dekningsprinsippet tilsier at for å domfelle må det være bevist at alle elementer i gjerningsbeskrivelsen er dekket men den tilstrekkelige skyld.

¹¹⁶ I den grunnleggende dom fra Rt. 1984 side 1076 kommer ikke spørsmålet på spissen da provokasjonen ble bedømt som lovlig. Førstvoterende her uttaler at både bevisavskjæring, frifinnelse og avvisning kan være aktuelt.

Jeg finner at man da bør se det slik at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon.”¹¹⁷

Hovedbegrunnelsen for ikke å anvende straff var altså at dette ville være i strid med alminnelig rettsbevissthet. Det må være rimelig at det oppstilles en ulovfestet frifinnelsesgrunn ved ulovlig provokasjon. Der politiet har brutt grunnvilkåret og fremprovosert en handling som ikke ville blitt begått uten deres påvirkning, ville det være lite harmonisk at systemet straffet objektet for provokasjonen.

Å gi frifinnelsesgrunnen utspring i den generelle rettstridsreservasjon kan være noe mer betenkelig. Den generelle rettstridsreservasjon kan forstås som at handlinger som ellers er straffbare likevel blir *rettmessige*. Selv om den straffbare handling objektet for provokasjonen utfører vil måtte være straffri, vil den aldri kunne være *rettmessig*. Andersen hevder det er mer naturlig å anse det som en unnskyldelsesgrunn og ikke en rettmessighetsgrunn. Andersen kritiserer også henvisningen til den generelle rettstridsreservasjon.

I Skriksaken fant flertallet (3:2) at tiltalte måtte frifinnes på bakgrunn av at grunnvilkåret ikke var oppfylt. Førstvoterende forankret det i en ulovfestet frifinnelsesgrunn. Dommene fra Rt. 2000 side 1223¹¹⁸ og Rt. 2000 side 1482¹¹⁹ betrakter ulovlig provokasjon tilsvarende. Dommen fra Rt. 2000 side 1233 gjaldt bevisprovokasjon. Grunnvilkåret var ansett å være oppfylt i dette tilfellet, men kravet om forsvarlighet var ikke oppfylt da en narkoman var brukt som provokatør, og det var ingen kontroll med hva denne foretok seg.

¹¹⁷ Se Rt. 1992 side 1088 på side 1091.

¹¹⁸ Se Rt. 2000 side 1223 på side 1227.

¹¹⁹ Se Rt. 2000 side 1482 på side 1483.

I dommen inntatt i Rt. 2008 side 1659 fremgår det utvilsomt at brudd på grunnvilkåret vil medføre frifinnelse på ulovfestet grunnlag.¹²⁰ Det er således klart ut fra rettspraksis at tiltalte skal frifinnes dersom det har forekommet en ulovlig provokasjon, selv om hva dette forankres i ikke er helt klart. I avgjørelsene etter Rt. 1992 side 1088 er det ikke vist til den generelle rettstridsreservasjon som begrunnelse for at det foreligger en frifinnelsesgrunn. Det synes derimot heller ikke som om det direkte er tatt avstand fra uttalelsen i 1992-dommen. Høyesterett nøyter seg med å fastslå at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn uten å begrunne dette nærmere.

Hva frifinnelsesgrunnen forankres i er til dels av sideordnet betydning, da det er klart at det de facto opereres med en ulovfestet frifinnelsesgrunn. Gjerningsmannen trenger normalt både motiv og en konkret anledning for å utføre et lovbrudd. Der anledningen er skapt av politiet vil dette kunne tilsi at straffeskylden er mindre, og dette kan gi grunnlag for å frifinne.¹²¹ Dette synes å være en bedre begrunnelse enn den alminnelige rettstridsreservasjon som kan synes noe uklar da den i andre tilfeller rettmessig gjør ellers straffbare handlinger.

5.3 Ulovlig ervervet bevis

Hovedbegrunnelsen for å anvende provokativ etterforskning er å skaffe bevis i saker som ikke lar seg avdekke ved tradisjonell etterforskning. Følgelig vil målet være å føre beviset for retten. Dersom beviset er kommet til som en følge av at reglene for provokasjon ikke er fulgt, kan dette medføre at beviset blir *avskjært*, i motsetning til der provokasjonen anses som ulovlig, og således ikke kan danne grunnlag for *straff*, jf. forrige punkt. At et bevis blir avskjært medfører at retten ikke kan legge vekt på dette i den bevisvurderingen som fastlegger sakens faktum og danner grunnlag for avgjørelsen.

¹²⁰ Se Rt. 2008 side 1659 avsnitt (13).

¹²¹ Se Andorsen JV 2003 side 23.

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisførsel og fri bevisvurdering.¹²² I andre rettstradisjoner finnes formelle regler om bevis og bevisavskjæring. I norsk rett gjelder den ulovfestede bevisavskjæringslære.¹²³ Denne er naturlig nok utviklet i rettspraksis. Videre følger det bevisregler av Den europeiske menneskerettighetsdomstols praksis vedrørende artikkel 6 (1) om fair trial, og artikkel 8 om retten til privatliv. Denne praksis er relevant. Som det vil bli redegjort for skiller EMDs vurdering av ulovlig bevis seg fra den vurdering som gjøres av norske domstoler.

5.3.1 Den ulovfestede bevisavskjæringslæren

I Verksbetjentdommen fra Rt. 1999 side 1269 kom Høyesterett til at det forelå et ulovlig ervervet bevis i det selvinkrimineringsvernet var krenket. Videre ble det tatt stilling til hvilke følger dette skulle få. Førstvoterende uttrykte bevisavskjæringslæren slik:

”Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset”.

Høyesterett fant at føring av beviset ville medføre en gjentakelse av den krenkelse bevisinnhentingene innebar, og på dette grunnlag ble beviset avskjært. Ut fra en interesse-

¹²² Forbud mot visse typer av forklaringer finnes i strprl. §§ 117-120.

¹²³ Det ble vurdert å lovregulere i hvilken utstrekning ulovlig ervervede bevis kunne føres ved forarbeidene til nye straffeprosessloven. Det ble konkludert med som vanskelig å utforme nærmere lovregler om dette, og spørsmålet ble derfor overlatt til domstolene å løse. Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker (1969) side 197 og Ot.prp.nr.35 (1978-79) om lov om rettergangsmåten i straffesaker, side 139.

avveining taler flere momenter for at beviset kunne vært ført. Tiltalte ble ikke presset til å forklare seg om rømningen, men forklarte seg av egen fri vilje. Det var heller ikke noe spørsmål om beviset var autentisk. Bevisverdien er således god, og til tross for en ulovlig fremgangsmåte kunne dette tale for å føre beviset. Videre er det klart at saken var svært alvorlig. Fangen verksbetjenten var tiltalt for å ha hjulpet å rømme, sonet en lengre dom for en alvorlig narkotikaforbrytelse, og var omtalt som landets farligste fange på tidspunktet. Verksbetjenten pliktet ikke å forklare seg om saken, men sett i lys av de andre momentene kan dette ikke alene tale for avskjæring etter en interesseavveining.

5.3.2 EMDs vurdering av ulovlige bevis

Vurderingen etter EMD kjennetegnes ved at det ikke tas stilling til *om* det er adgang til å føre det aktuelle bevis, men om klageren har fått en *rettferdig rettergang* som sådan, inkludert innhenting av beviset.

I EMD materialiserer dette seg ofte som et spørsmål om bruk av bevis innhentet i strid med EMK art. 8 vil medføre en krenkelse av art. 6.1.

I *Kahn v. The United Kingdom*¹²⁴ var det spørsmål om et lydopptak innhentet i strid med artikkel 8 medførte krenkelse av artikkel 6 (1).

Kahn ankom Manchester med et fly fra Pakistan sammen med sin fetter. Fetteren var i besittelse av heroin til en gateverdi på ca GBP 100 000. Da det ikke ble funnet noe på klageren, og han nektet kjennskap til dette i avhør ble han sluppet fri. 5 måneder senere besøkte klageren en venn som var under etterforskning for heroinhandel, og hvor politiet noen uker i forveien hadde installert avlyttingsutstyr. Det var ikke forventet at klageren ville besøke huset med avlyttingsutstyret. Gjennom dette besøket fikk politiet et båndopptak hvor klageren innrømmet å være medskyldig ved fetterens innførsel av heroin 5 måneder tidligere. Klageren og fetteren ble sammen fremstilt i samme rettssak. Han innrømmet ingen befatning med innførselen i retten,

¹²⁴ Application no. 35394/97, Judgment of 12th of May 2000.

men innrømmet å ha vært til stede i huset og at en av stemmene på båndet var hans. Klageren fikk 3 års fengsel.

EMD fant at artikkel 8 var krenket da det ikke fantes lovbestemmelser som regulerte bruken av skjult lytteutstyr, og at the Home Office Guidelines verken var juridisk bindende eller offentlig tilgjengelig. Kommisjonen kom derfor til at art 8 var krenket, ettersom opptakene ikke kunne sies å være ”i samsvar med loven” slik art 8 (2) krever. Vedrørende krenkelse av artikkel 6 (1) uttalte domstolen: (mine uthevninger)

*“The Court next notes that the contested material in the present case was **in effect the only evidence** against the applicant and that the applicant's plea of guilty was tendered only on the basis of the judge's ruling that the evidence should be admitted. However, the relevance of the existence of evidence other than the contested matter depends on the circumstances of the case. In the present circumstances, where **the tape recording was acknowledged to be very strong evidence, and where there was no risk of it being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker.** “*

Videre ble det uttalt: “ *The central question in the present case is whether **the proceedings as a whole were fair.** ”*

Domstolen (6:1) kom til at det ikke forelå krenkelse av artikkel 6 (1), da rettsaken totalt sett var rettferdig. Det ble vist til at ulovlig ervervede bevis prinsipielt ikke kunne utelukkes. Selv om lydopptaket var det eneste bevis, var det et sterkt bevis som det ikke var tvil om at var autentisk. Klageren hadde også hatt mulighet til å imøtegå beviset, både dets kvalitet og beslutningen om å tillate beviset ført.

Tilsvarende standpunkt kom EMD til i saken P.G. and J. H v. United Kingdom¹²⁵. Det var foretatt romavlytting av klagerne som var mistenkt for å planlegge væpnet ran. Etter de to var arrestert ble det foretatt romavlytting av cellene de satt på for å få stemmeprøver til den

¹²⁵ Application no. 44787/98.

forutgående romavlytting. Romavlyttingen og opptaket var i strid med nasjonale retningslinjer. Da celleavlyttingen fant sted fantes det ikke retningslinjer for avlytting, det ble således konstatert brudd på artikkel 8, men etter samme helhetsvurdering som ved Kahn saken kom EMDs flertall til at bruken av bevisene ikke medførte en krenkelse av artikkel 6. I denne saken var ikke avlyttingen det eneste bevis.

Som disse avgjørelsene viser tar ikke EMD stilling til om det er adgang til å føre det aktuelle bevis eller om tiltalte er skyldig, men det vurderes om rettergangen som sådan er rettferdig.

5.3.3 Håndtering av bevisforbud i norske domstoler

I norsk rettspraksis finnes kun et tilfelle hvor politiets ulovlige beviserverv har medført bevisforbud.¹²⁶ Dette er Verksbetjentdommen fra Rt. 1999 side 1269. Resultatet i dommen ble som kjent opphevelse av lagmannsrettens dom.¹²⁷ Det er en saksbehandlingsfeil at bevis som skulle vært avskjært likevel har blitt ført. Således skal dommen oppheves der feilen blir tatt i betraktning jf. strprl. § 343 første ledd. Som alternativ til opphevelse av dommen kan det avsies ny dom jf. strprl. § 345 annet ledd 2. pkt. ”dersom de nødvendige forutsetninger er til stede”. Dette er neppe et praktisk alternativ. Nødvendige forutsetninger tilsier at underrettsdommens premisser må gi tilstrekkelig faktagrunnlag for subsumsjonen under de rettsregler ankeinstansen legger til grunn.¹²⁸ Selv om de nødvendige forutsetninger er tilstede, vil det være vanskelig å si hvilken betydning beviset har hatt, og

¹²⁶ Totalt finnes fem Høyesterettsdommer der det er statuert bevisforbud som følge av ulovlig bevisinnhenting. Ved siden av Rt. 1999 side 1269 finnes det ytterligere en straffesak, Rt. 1999 side 616, her var det arbeidsgivers videoopptak av en ansatts tyveri fra kassen som ble avskjært. Videre er det tre sivile saker, Rt. 1997 side 795 om en mors telefonopptak av fars samtale med barn i en tvist om samvær, og Rt. 2001 side 668 og Rt. 2004 side 878 om videoopptak i arbeidstvist, som har medført bevisavskjæring. Se Torgersen 2009 side 495.

¹²⁷ Saken fikk ingen endelig avgjørelse da tiltalte omkom i en trafikkuulykke sammen med dommer i saken og føreren av minibussen de kjørte. De var da på vei til Ringerike kretsfengsel for å avhøre fangen, Prince Dubroshi, som den tiltalte var siktet for å ha hjulpet å rømme.

¹²⁸ Se Torgersen 2009 side 494.

eventuelt hvilke andre bevis påtalemyndigheten kunne ha ført. Etterforskningen kan ha skaffet til veie andre lovlige bevis som påtalemyndigheten kan føre ved ny hovedforhandling. Det mest praktiske vil således være opphevelse.

5.3.4 Vurdering av bevisavskjæringsnormen i norsk rett sett i lys av EMDs håndtering av ulovlig ervervede bevis

EMD synes å gå lenger i å akseptere bevisinnhenting, enn det man kan si er normen etter norsk rett jf. Verksbetjentdommen. For det andre synes det at ”fair-trial” vurderingen EMD foretar, gir større rom for føring av ulovlige bevis enn hva den ulovfestede bevisavskjæringslæren gjør.

Er det først konstatert at et bevis er innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet vil det være vanskelig å argumentere for at det å føre beviset ikke vil medføre en gjentatt krenkelse. Der det blir ansett som en gjentatt krenkelse blir det ikke foretatt en interesseavveining. Ved en interesseavveining vil den styrken bevis innhentet ved provokativ etterforskning har veie tungt for å føre beviset. Alvorlighetsvurderingen etter interesseavveiningen vil også regelmessig være oppfylt ved provokasjon.

Det vil være vesentlig for politiet å innhente beviset på en måte som ikke krenker selvinkrimineringsvernet.

EMDs vektleggelse av hvorvidt beviset er presset frem eller ikke burde kunne tas til inntekt for at en hver form for fordekt samtale med en mistenkt eller siktet, som ikke er frihetsberøvet, ikke nødvendigvis blir vurdert som en krenkelse av inkrimineringsvernet.

Hva som ligger i *press* fra politiets side er ikke klart. I Bykov-saken tilrettela politiet i stor grad for at den siktede skulle forklare seg. Dette ble akseptert da Bykov ikke på noe vis ble presset til å forklare seg. I Allan-saken hadde derimot politiet bevisst gått inn for å presse ut opplysninger, og dette ble ikke akseptert.

Spørsmålsstillingen vil være sentralt. At siktede på eget initiativ forteller om sin kriminelle virksomhet må han selv bære risikoen for. Den mistenkte bør neppe advares mot å snakke der politiet ikke stiller spørsmål. Det vil være usikkert hva en provokatør eventuelt kan si i en samtale med en mistenkt, for å lede vedkommende inn i baner hvor denne kan komme til å forklare seg om det aktuelle forholdet. En grense vil kanskje gå der mistenkte på en eller annen måte blir gitt en klar oppfordring til å snakke om det aktuelle tilfellet det søkes å innhente bevis for. I Verksbetjentsaken ble verksbetjenten eksplisitt *spurt* om han hadde bistått ved den forrige rømning. At dette ikke ble godtatt må være naturlig når han tidligere på formelt spørsmål fra politiet ikke ville svare på dette. Dersom verksbetjenten på eget initiativ hadde fortalt om sin rolle kunne dette tenkes å ha fått et annet utfall.

Hvorvidt det tidligere er iverksatt etterforskningsskritt mot den siktede, som det var i Verksbetjentsaken, bør en være forsiktig med å gi overdrevet betydning. Dersom politiet vet at et formelt avhør av en mistenkt kan begrense mulighetene for bruk av provokativ etterforskning, kan dette medføre at avhør ikke tas på et tidlig stadium. Dette harmonerer dårlig ut fra et minste inngripende metodeprinsipp.

Dersom den mistenkte er formelt avhørt, og klart ikke vil forklare seg om det aktuelle forhold, vil likevel politiets mulighet for å fordekt kunne få opplysninger fra mistenkte være begrenset. I slike tilfeller vil nok ikke styring av en samtale mot det aktuelle forhold aksepteres i særlig stor grad.

Dersom en forklaring, som etter en nærmere vurdering ikke strider mot inkrimineringsvernet, er det eneste bevis i saken, taler Kahn-saken for at beviset kan føres forutsatt at det ikke er noe å si på autenticiteten av beviset.

6 Avsluttende bemerkninger

Provokativ etterforskning er, sammen med flere andre metoder, et effektivt virkemiddel for å bekjempe alvorlig kriminalitet. Metoden er fra noen hold kritisert, og noe av kritikken synes å komme av fraværet av lovregulering. Det vesentlige må være, uavhengig av lovregulering, å hindre at mennesker blir domfelt dersom de er utsatt for en ulovlig provokasjon.

Det er av stor betydning at politiet har dynamiske og effektive metoder for å imøtegå lovbrudd som det er vanskelig å oppklare ved tradisjonell etterforskning. Dette kan imidlertid ikke gå på bekostning av grunnleggende verdier og prinsipper for vern av den enkelte person som blir utsatt for provokativ etterforskning. Således er det viktig at det føres kontroll med bruk og utvikling av metoden. Denne oppgaven er i stor grad tillagt påtalemyndighet og domstolene. Også lovgiver fører kontroll med metoden i form av utredninger hvor metoden vurderes i forhold til behovet for lovregulering.

Ut fra de Høyesterettsdommer jeg har funnet frem til, foreligger det fra 1984 til i dag 13 avgjørelser som tar stilling til metoden provokativ etterforskning. Iberegnet er både tilfeller av alminnelig provokasjon og bevisprovokasjon. I åtte¹²⁹ saker har politiets opptreden blitt vurdert som en ulovlig provokasjon. Fire saker har medført frifinnelse. Det er henholdsvis tre¹³⁰ avgjørelser om brudd på grunnvilkåret og et tilfelle¹³¹ av brudd på vilkåret om

¹²⁹ Rt.2007 side268, Rt.2005 side538, Rt.2000 side1482, Rt.2000 side1345, Rt.1994 side319, Rt.1992 side1088, Rt.1990 side531, Rt.1984 side1076.

¹³⁰ Rt.2006 side120 og Rt.1993 side473 og Rt.1998 side407.

¹³¹ Rt.2000 side1223.

forsvarlighet da det var brukt en narkoman informant. En sak¹³² er opphevet på grunn av ulovlig beviserverv.

Selv med fravær av lovgivning er det relativt klart hvilke regler som gjelder. Rettspraksis sammenholdt med Riksadvokatens rundskriv oppstiller flere vilkår for bruk og utførelse av provokasjon. Brudd på reglene vil medføre straffrihet, eller eventuelt avskjæring av bevis dersom en nærmere vurdering i det konkrete tilfelle tilsier det.

Det kan tenkes at metoden vil måtte lovfestes dersom EMD skulle få til behandling en sak, hvor metoden blir vurdert som et inngrep i frihetene etter EMK artikkel 8.

EMDs praksis om bruk av ulovlig ervervede bevis, viser flere momenter som kan være relevante ved vurderingen av om slike bevis kan føres for norske domstoler. EMK og EMDs praksis er den senere tid blitt en rettskilde norske domstoler synes å vektlegge i økende grad. Det kan tale for at norske domstoler bør vektlegge disse momentene, dersom spørsmål om ulovlig ervervet bevis ved provokasjon kommer opp på ny for norske domstoler.

¹³² Rt.1999 side1269.

X. Litteraturliste

Bøker og artikler:

- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 4. utgave ved Torgeir Myhrer, Oslo 2009.
- Andersen, Kjell. *Provokativ politietterforskning*. Jussens venner 2001 s. 1-27.
- Asp, Petter. *Straffansvar vid brottsprovokation*. Stockholm 2001.
- Dorenfeldt, L. J. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* LoR 1978 nr. 7, s. 291-303.
- Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 7. utgave ved Eivind Smith. Oslo, 2001.
- Gammeltoft-Hansen, Hans. "Agent Controlleur". TfR 1984 s. 89-131.
- Hopenes, Roald. *Provokasjon som politimetode*. JV 2003 s. 62-130.
- Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004.
- Lundqvist, Ulf. *Polisprovokation och bevisförbud*. Svensk Jurist Tidning 9/99 s.903-911.
- Rui, Jon Petter. *Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse*. TfR 2009 s.47-69.
- Strandbakken, Asbjørn. *UskylDSPresumpsjonen*. Bergen, 2003
- Sunde, Inger Marie. *Barneporno: Håndtering i rettsapparatet – straffutmåling*. ØKOKRIMs skriftserie nr. 13. 2001.
- Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Eidsberg, 2009.

Rundskriv:

- Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 2/2000 – Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode.
- Rundskriv fra Riksadvokaten nr.3/1999 – Etterforskning

Forarbeider:

- NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet.
- Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv.
- NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed.

Annet:

Faremo-utvalget, Arbeidsgrupperapport (2007): Forebygging av internett-relaterte overgrep mot barn.

Lov og konvensjonsregister:

Straffeloven. Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

Straffeprosessloven. Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25.

Politoloven. Lov om politiet av 4. august 1995 nr. 53.

Menneskerettsloven. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.

Viltloven. Lov om viltet, 29. mai 1981 nr. 39.

Den europeiske menneskerettskonvensjon av 21. mai 1999 nr. 30.

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 21. mai 1999 nr 30.

Rettspraksis:

Rt. 1984 side 1076

Rt.1990 side 531

Rt. 1992 side 1088

Rt. 1993 side 473

Rt. 1994 side 319

Rt. 1998 side 407

Rt. 1999 side 1269

Rt. 2000 side 1223

Rt. 2000 side 1345

Rt. 2000 side 1482

Rt. 2005 side 538

Rt. 2006 side 120

Rt. 2007 side 268

Rt. 2008 side 1659

Avgjørelser fra EMD:

Sunday Times v. The United Kingdom. Klagesak 13166/87, 26. november 1991.

Ludi v. Sveits. Klagesak nr. 12433/86, 15. juni 1992.

Teixeira de Castro v. Portugal. Klagesak nr. 25829/94, 9. juni 1998.

Khan v. United Kingdom. Klagesak nr. 35394/97, 12. mai 2000

P.G. and J.H. v. The United Kingdom. Klagesak nr. 44787/98, September 2001.

Allan v. United Kingdom Klagesak nr.48539/99, 11. mai 2002.

Edwards and Lewis v. The United Kingdom. Klagesak nr. 39647/98;40461/98, 22. juli 2003.

Jalloh v. Germany. Klagesak nr. 54810/00, 11. juli 2006.

Heglas v. Tsjekkia. Klagesak nr. 5936/02, 1. mars 2007.

Bykov v. Russia. Klagesak nr. 4378/02, 10. mars 2009.

